سعود عبدالله محمود

٧٩٣٢

[illegible]

الجزء الخامس من شرح الهدايه

المسمى بالغايه

في الفقه على مذهب الامام ابي حنيفه

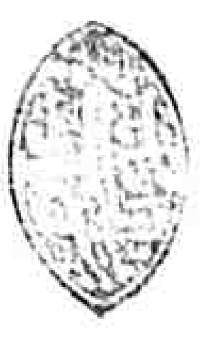
رضي الله عنه للشيخ السروجي

رحمه الله تعالى

امين

يتضمنه بقيه الحج والنكاح واول الطلاق





بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

باب مجاوزة الميقات بغير احرام قال ابن فارس في المجمل الوقت الزمان وفي بعض النسخ باب مجاوزة الوقت فيكون قد استعير للمكان وهكذا في المغرب وفيه الوقت من الازمنة المبهمة والميقات هو الوقت المحدود فذكره فيه انسب ومواقيت الحج لمواضع الاحرام وهي جمع الميقات وفي الصحاح الميقات المعروف للفعل والموضع يقال هذا ميقات اهل الشام ويقول وفيه وهو موقوت اذا بين للفعل والموضع يقال هذا ميقات اهل الشام ووقتا يفعل فيه قال الله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا والتوقيت تحديد الاوقات تقول وقته ليوم كذا مثل اجله وقرئ واذا الرسل وقتت واقتت مخففة قال الجوهري واقتت اصله مثل وجوه واجوه قلبت الواو المضمومة همزة من باب الاعلال الجائز وتسميته لغة مسامحة وهو قياس في الفا والعين اما الفا فقد ذكرناه ولذا ورث واورث واما العين فنحو ادؤب وادؤر وان كانت مكسورة بجعلها همزة كثير وليس بقياس قال ابن يعيش في شرح المفصل اعلم ان اكثر اصحابنا يقفون في همز الواو المكسورة على السماع دون القياس الا ابا عثمان المازني فانه يطرد ذلك اذا وقعت فا فان المكسورة وسطا لم يجز همزها نحو طويل وطويلة وفي التكملة لابي علي وابو عثمان يذهب الى ان ابدالها مكسورة مطرد وابو عمر يقصر ذلك على السماع ولا يقيس كالمضمومة وقال الزمخشري في الواو المضمومة وفي المكسورة نحو وشاح واشاح ووعاء واعاء ليس بقياس الا عند المازني وقال ابن عصفور في الممتع زعم المازني انه لا يجوز همز الواو المكسورة بقياس بل يتبع في ذلك السماع وهو فاسد فانه كثير كثرة توجب القياس في كل واو مكسورة وقعت اولا فقد نقل المازني جماعة عكس ما نقله عنهم الزمخشري وابو علي الفارسي والجرجاني وابن يعيش وابن الحاجب

والظاهر ان ما نقله ابن عصفور غلط وقد كنت ذكرت هذا للشيخ بهاء الدين ابن النحاس رحمه الله تعالى ايام اشتغالي عليه وقال لي قد نقل بعض المغاربة وقال ابن الحاجب في تصريفه في ذكر الزيادة فان رجع الى الاشتقاق من واصحين كاوطى واولق حيث قيل يهاط وراط وادم ماورة وموطى وولق ومولوق جاز الامران قال ابن عصفور في الممتع انه لا يوقف على ولق لا مولوق في موضع من المواضع قال ابن يعيش الواو فا ولا الفا المكسورة الشريعة فدل ان الفا تكون تارة واوا وتارة همزة على حذو وصدر الباب واصدية وكسر في القطاع في كتاب الافعال ولق الرجل فهو مولوق ولذا ابو علي في التكملة والجرجاني في شرحنا كذلك خلاف ما ذكره ابن عصفور قوله واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت اي دم مجاوزة الوقت بغير احرام وكذا لو ذهب الى ميقات اخر مساو له وابعد منه وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته او ابتدا طوافه فاستلم الحجر فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان رجع اليه محرما قبل الشروع في طواف العمرة فليس عليه شي لبى او لم يلب ولا احرام بحجة بعد المجاوزة بغير احرام مثلها في الخلاف ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وقد شرحنا هذا وذكرناه ومذاهب العلما مستوفى في فصل المواقيت ولا نعيده هنا اذا كان يريد الحج والعمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سوا وبستان بني عامر في الحل بالقرب من نخل عرفات على طريق العراق والكوفة الى مكة وعن ابي يوسف لا يسقط به الاحرام من الميقات حتى ينوي الاقامة خمسة عشر يوما ليثبت له حكم الوطن فيه ذكره في المحيط والاول ظاهر الرواية لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام لدخوله فاذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام لانه يكثر حاجته الى دخولها

وتكلموا في ايجاب العمرة او الحج في كل من من الحرم ما لا يخفى ولهذا خص
عليه السلام الحطابين بترك الاحرام والداخل للبستان
لحاجة الحق باهله فكان حكمه حكم البستاني والمراد بقوله وقته
البستان المحل الذي بينه وبين الحرم والحصر لان البستان كاهل البستان
وقد تقدم البحث في ذلك فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما
شي اما البستاني فظاهر لانه احرم من ميقاته ولا يجب عليه الخروج
الى الميقات عرفا لما فيه من الحرج والمشقة واما الداخل فلانه التحق
باهل البستان فكانا محرمين من ميقاتهما فلا شي عليهما ومن دخل مكة
بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الميقات واحرم بحجة عليه حجة
الاسلام او نذر عليه اجزاه من دخول مكة بغير احرام وقال زفر
لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر فانه لا يسقط
بحجة الاسلام فان الحجة نذرا اخر وصار كما لو تحولت السنة وقد ذكرناه
وجوابه فيما تقدم ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة فافسدها
مضى فيها وكذا الحج ويجب المضي في فاسدها وعليه الجمهور وفيه خلاف
الظاهرية وليس عليه دم لترك الوقت وفيه خلاف زفر وهو
نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام ثم احرم
بالحج ثم افسد هو يعتبر المجاوزة بغيرها من المحظورات قلنا
النقص الحاصل بذلك مجبور بالقضاء وهو محلي الاداء وقد اداه بالاحرام
والتلبية من الميقات وبلا في حق الميقات من التعظيم فلا يجب شي اخر
ولا اجزاء لغيرها من المحظورات فافترقا وان خرج المكي يريد الحج فاحرم
من الحل ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لترك الحرم
فان رجع الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في مجاوزة
الميقات بغير احرام في حق الافقي وهو الصواب لان الافاقي جمع الافق
والنسبة تكون الى المفرد دون الجمع ولم يسمع في كتب اللغة الافاقي وعن
الاصمعي وابن السكيت الافقي بفتحتين فان خرج المكي الى الحل لحاجة

ثم احرم بالحج من الحل ووقف بعرفة فلا شي عليه كالافقي الذي دخل بستان
ابن عامر لحاجته والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج
من الحل ووقف بعرفة فعليه دم لانه بعد فراغه من عمرته يصير
بمنزلة المكي اذا لم يسق الهدي فالاحرام حينئذ يكون من الحرم كالمكي
فيلزمه الدم بترك الوقت فان رجع الى الحرم محرما عندهما ومحرما وملبيا عند
ابي حنيفة سقط عنه الدم وعند زفر لا يسقط وان رجع الى الحرم واهل منه
قبل الاحرام فلا شي عليه بالاتفاق وقد عرف ذلك كله من الافقي المجاوز للميقات
بغير احرام والله اعلم باب [illegible] اضافة الاحرام الى الاحرام
قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم المكي وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج
فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف
ومحمد يرفض العمرة واصله ان المكي ليس له قران ولا تمتع عند علمائنا
الثلثة على ما تقدم فاذا جمع بينهما كان عليه رفض احدهما للنهي
عن الجمع كما لو جمع الانسان بين حجتين او عمرتين فالا رفض العمرة اولى
لانها ادنى حالا واقل عملا اذ ليس فيها الوقوف بعرفة ولا بالمزدلفة
ولا فيها رمي الجمار بخلاف الحج ولان قضاها ايسر لانه يكون في جميع
السنة الا في خمسة ايام يكره فعلها فيها بخلاف الحج ولان العمرة هي الداخلة
في اشهر الحج وبسببها تحصل المعصية فصار كما لو لم يطف لها وعلى هذا
الخلاف لو طاف لعمرته شوطين او ثلثة وان طاف لها اربعة
اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف وكذلك قاضي خان لان للاكثر
حكم الكل فيتعذر رفضها كما لو فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل
من الاكثر عندهما وهكذا في المبسوط وقاضي خان وفي بعض النسخ عند ابي
حنيفة وهو غير صحيح وهكذا في الجوامع وفي المبسوط اذا طاف المكي
لعمرته اربعة اشواط ثم احرم بالحج فانه لا يرفض الحج ولا العمرة
ولكن يفرغ منهما وعليه دم لانه صار كالمتمتع ولا يحل له تناوله ولا يعفى
لانه دم جبر لما دخله من النقصان لمكان النهي بخلاف النهي ولابي حنيفة ان

العمرة قد تاكدت باداء بعض افعالها فرفض غير المتاكد اولى وهو الحج ولهذا
قلنا الآفاقي لو طاف للحج شوطا ثم احرم بعمرة فانه يرفض العمرة لتاكد
احرام الحج قبل الاهلال بالعمرة بخلاف ما لو اهل بالعمرة قبل ان يطوف
للحج اشواطا او الاكثر كان الآفاقي لو جاوز الميقات بغير احرام فان احرم بعد
وطاف شوطا للحج او العمرة ثم عاد الى الميقات لا يسقط عنه دم المجاوزة
بغير احرام ولو لم يطف شوطا وعاد اليه سقط عنه الدم ولانه
اتى به قربة فلا يجوز ابطال العمل الذي هو عبادة بالنص وفي رفض
احرام الحج امتناع منه وكان اولى واذا رفض الحج او العمرة فعليه دم لتحلله
قبل اوانه كالمحصر واحرام الحج او العمرة وان كان لازما فانه يجوز رفضه
باذن الشرع كما في الاحصار ثم رفض العمرة قضاء وهنا لا بد من وفي
الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه
اداهما كما التزمهما والدم للنهي اذ به يدخله النقص ولا يمنع مشروعيته
اذا كان لمعنى في غيره كالنهي عن صوم العيدين والنهي عن الصلاة
في الارض المغصوبة وعليه دم لجمعه بينهما مع النهي وهو في
حق المكي دم نقصان ولا ياكل منه وهو الجبر من الجنايات وفي حق
الآفاقي دم شكر عندنا خلافا لابن حنبل وهو معروف في باب
القران وفي الحواشي فان قيل ينبغي ان يجب عليه دمان لدخول
النقص في كل من الاحرامين قلنا هو غير ممنوع عن احدهما والنقصان
بادخال الثاني على الاول ومن احرم بالحج ووقف ثم احرم يوم النحر
بحجة اخرى فان كان حلق في الاولى قبل ان يحرم بالاخرى لزمته الاخرى
ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم
حلق او لم يحلق قصر او لم يقصر في الثانية لانه اذا حلق او قصر
فقد جنى على الاحرام الثاني لانه حلق قبل اوانه قبل اداء افعال الحج
وان لم يحلق ولم يقصر اصلا فقد اخر الحلق في الاولى فيلزمه دم
بالتاخير وعندهما ان حلق او قصر في الاحرام الثاني فقد جنى عليه

فعليه دم الجناية وان لم يحلق ولم يقصر في الاحرام الثاني فلا شيء عليه
عندهما لانه لا يجب شيء عندهما بتاخير الحلق اما الاحرام بالحج يوم النحر
فصحيح لانه قد تم حجه الاول بالوقوف فيكون قد احرم للثانية بعد
الفراغ من الاولى وعند الشافعي لا يصح الاحرام للحجة الا بعد دخول شوال
فاذا صح عندنا احرام الحجة الثانية اتى بما بقي عليه من الحجة الاولى
يوم النحر من الجمار والذبح وطواف الزيارة والسعي ان كان لم يسع قبله ثم ان
كان حلق قبل ان يحرم بالحجة فلا شيء عليه اذا لم يصر جامعا بين
احرامين وان كان احرم بالثانية قبل ان يحلق فان حلق بعد ذلك وهو
نسك في الاولى للخروج من احرام وجناية في الاحرام الثاني وهل
يلزمه دم بسبب الجمع بين الاحرامين ذكر في المناسك انه يلزمه دم وعلى
رواية هذا الكتاب لا يلزمه ذكره الامام قاضي خان وفي المبسوط
لو احرم ولم ينو شيئا فطاف ثلثة اشواط ثم احرم بعمرة فانه يرفض
الثانية لان الاولى تعينت عمرة حين اخذ في الطواف اذ الابهام
لا يبقى بعد الشروع في الاداء فتعين الطواف الفرض وهو طواف
العمرة فكان جامعا بين عمرتين فكان رافضا للثانية ومن فرغ من
عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لجمعه بين احرامي العمرة
وهو مكروه فيلزمه دم ولا يرفض الثانية هنا لانه قد فرغ من اعمال
الاولى بخلاف مسالة المبسوط وهو دم جبر وفي فتاوى قاضي خان
اوجب الدم هنا بسبب الجمع بين احرامي العمرة رواية واحدة وفي الجمع
بين احرامي الحج فيما سبق روايتان اذا احرم بحجة فلما كان يوم النحر
احرم بحجة اخرى قبل ان يحلق في الاولى لا يلزمه الدم بسبب الجمع
في رواية هذا الكتاب وفي رواية الاصل يلزمه فسوى بينهما وفرق
على رواية هذا الكتاب والفرق ان الجمع بين الاحرامين انما كان
ممنوعا لاجل الجمع في الافعال لانه يوجب النقصان فيها وربما يتاخر
الحلق فيها فيخرج به عن احرامي العمرة فيصير جامعا في الفعل وفي احرام

الحجتين لا يتحقق الجمع في الافعال اذ افعال الحجة الثانية لا تؤدى في هذه
السنة وانما تؤدى في السنة الثانية قوله ومن احرم بحجة ثم احرم
بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير
بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير بذلك مسيئا لان السنة في
القران ان يهل بهما معا او يدخل الحج على العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة
الى الحج فجعل العمرة بداية والحج نهاية لانه تأتي لانتهاء الغاية فاذا بدأ بالحج فقد
خالف السنة فكان مسيئا الا انه لا يجب به شيء ولا يمنع الالتزام فاذا
الزماه يقدم افعال العمرة على افعال الحج ويراعي السنة في الاداء فلو اتى بافعال
فان لم يأت بافعال العمرة حتى وقف بعرفات فقد صار رافضا
لعمرته وعليه قضاؤها ودم لانه رفض العمرة ولانه لما وقف بعرفة
فقد تعذر عليه فعل العمرة بعدها لو فعلها الآن يكون بانيا على افعال
الحج وهو غير مشروع ولان الوقوف بعرفة ركن من اركان الحج
وقد جعل الله سبحانه الحج غاية للعمرة والشيء لا يبقى بعد غايته
فيرتفض ضرورة ويدل عليه حديث عائشة الثابت انه عليه
السلام امرها بعرفة برفض عمرتها ثم قضتها مع اخيها فكانت
قارنة في الصحيح لكنها لم تطف بالبيت لانها حاضت ولو توجه
الى عرفات لا يصير رافضا لعمرته في ظاهر الرواية وعن ابي جعفر
الطحاوي انه في قياس قول ابي حنيفة يصير رافضا لها بمجرد التوجه
لانها بمنزلة مصلي الظهر اذا توجه الى الجمعة والفرق صح وقد مر
المسئلة وان طاف للحج طواف التحية ثم اهل بعمرة لزمته العمرة فان مضى
عليهما جاز وعليه دم لان هذا الطواف سنة فلم يأت قبل احرامه
بالعمرة بركن الحج فيمكنه ان يأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج قال صاحب
اللباب وهذا الدم دم جبر وكفارة هو الصحيح وقال قاضي خان
هو دم القران لتحقق القران منه ومن المشايخ من قال دم كفارة لانه
خالف السنة والمستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تأكد بشيء من

اعماله وهو طواف التحية بخلاف ما اذا لم يطف للحج وعليه دم لرفض
العمرة وعمرة مكانها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق
لزمته لان النهي لمعنى في غيرها وهو تخليص الوقت لافعال الحج
تعظيما له ويوم النحر هو الحج الاكبر والعمرة هي الحج الاصغر ويلزمه
رفضها كما لو شرع في الصوم يوم النحر او في ايام التشريق او شرع
في الصلوة في الاوقات المكروهة ولانه لما اهل بالعمرة فيها فقد ادى
ركن الحج وهو الوقوف بعرفة فيصير بانيا افعال العمرة على افعال
الحج من كل وجه بخلاف ما اذا كان اهل لها بعد طواف القدوم
حيث يستحب رفضها على ما ذكرنا لانه بانيا افعالها على افعال الحج
من وجه وان لم يكن محرما بالحج فالكراهة للوجه الاول فان
رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها وان مضى عليها اجزأه فانه
التزم بافعالها وادى كما التزم قال وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام
او في بقية الافعال قال وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق
للحج ثم احرم للعمرة لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل لانه حل
من احرام الحج وقال يرفضها للنهي قال الفقيه ابو جعفر
الهندواني ومشايخنا على هذا ولا يرتفض من غير رفض وقيل لا يرفضها
والاول اصح ذكره قاضي خان وفي الحواشي اذا احرم بالعمرة يوم النحر
ثم رفضها يلزمه قضاؤها ولو شرع في الصوم يوم النحر لا يلزم
قضاؤه قال والفرق ان الشروع في الصوم متصل بالمعصية وكان
مأمورا بالقطع بمنزلة الصوم بخلاف الاحرام بالعمرة فان عمل العمرة
متأخر عن احرامها ولا معصية عنده فصار كالشروع في الصلاة
في الاوقات المكروهة وقد مر في كتاب الصوم قال فائت الحج ثم احرم
بحجة او بعمرة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل منه بافعال العمرة
من غير ان ينقلب احرامه احرام عمرة فيصير جامعا بين عمرتين من
حيث الافعال ان احرم بعمرة كما لو احرم بعمرتين او بين احرامي الحج ان احرم

بالحج فنرفضها لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها
ودم لرفضها قبل ادائها او التحلل منها قبل اوانه وفي قاضي خان
ولا دم على فائت الحج عندنا خلافا للشافعي وهي تعتبر بالمحصر من
ليس هو في معنى المحصر لانه قادر على افعال العمرة والمحصر عاجز عن
كل شيء فلا يتحلل الا بالدم ولهذا لا يلزمه الحلق عند ابي حنيفة ومحمد
ويقضي المحصر في القابل حجة وعمرة وفائت الحج لا يقضي في القابل الا
حجة فرع في معرفة المحرم بحجتين او عمرتين وحكمهما ومذاهب
الناس في ذلك فاذا احرم بهما لزماه عند ابي حنيفة وابي يوسف
فاذا توجه الى مكة لاداء الحج صار تاركا فصار لاحدهما عند ابي حنيفة
ويجزئها بالدم والعمرة والقضاء وقبل التوجه وهو محرم بهما
حتى لو احصر قبل التوجه الى مكة بعث بدمين عنده ولو جامع
قبل ان يسير فعليه دمان للجماع لانه لا يصير رافضا لاحدهما حتى
ياخذ في العمل ذكره في المبسوط وكذا لو قتل صيدا يلزمه جزاآن لانه
محرم باحرامين وكذا لو تطيب او لبس المخيط او حلق قبل اوانه وروى
الحسن عنه انه لا يصير رافضا الا بالطواف والاول ظاهر الرواية
وعند ابي يوسف يصير رافضا لاحدهما في الحال وفي البدائع عنه
يصير رافضا بالفراغ من الاحرام وعند محمد ومالك والشافعي
وابن حنبل واسحاق وابي ثور وابن المنذر يلزمه احدهما ويلغو الاخرى
لابي حنيفة ان الاحرام التزام كالنذر ولا منافاة فيه وانما المنافاة
بينهما في الافعال فالتوجه اليها اول عملها فيصير به رافضا لاحدهما
ولو افسدهما بجماع لا يخرج من احرامه حتى لو جامع ثانيا يلزمه الدم
ولذا لو جنى تعدد جنايته ولذا الطائف في الحج يلزمه المضي فيه والقضاء
لو افسده واختلفوا في القضاء لو احصر وتحلل قيل لا يلزمه القضاء
لانه صح خروجه من الاحرام والاصح لزوم القضاء لان الاحرام في الاصل
لازم والتحلل لدفع الحرج والمشقة وبقدر ذلك يبقى صفة اللزوم معتبرة

وفي المبسوط ان كان اهل بعمرتين فعليه قضاء عمرتين وان كان اهل
بحجتين فعليه قضاء حجتين وعمرتين يعني اذا احصر ويتحلل بالهدي
على هذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف

باب الاحصار

في البدائع الكلام في الاحصار في ثلثة مواضع في تفسير الاحصار
ما هو وفيم يكون الاحصار وفي بيان حكم الاحصار وفي بيان حكم زوال
الاحصار اما الاول فالاحصار في اللغة هو المنع والمحصر هو الممنوع
واختلفوا فيه في عرف الشرع على ما ياتي بيانه قوله واذا احصر
المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل في
الاسبيجابي والوبري وهنا سلك الكرماني اختلاف العلماء في الاحصار
في عشرة مواضع وانا ان شاء الله اذكر مواضع الاختلاف في الاحصار
في اثنين وستين موضعا بعون الله تعالى الموضع الاول من مواضع
الاختلاف ان الاحصار يتحقق بكل مانع يمنع المحرم من الوصول الى
البيت لاتمام حجه او عمرته من خوف او مرض او منعه سلطان او مانع
قاهر في حبس او مدينة قبل حصر هذا هو المشهور قاله المطرزي قلت
ينبغي له ان يقول ولاتمام نسكهما وسياتي بيان الاستدراك عليه وفي المحلى
الاحصار من عدو او مرض او كسر او خطا طريق او ذهاب نفقة او راحلة
فلست اذا لم يقدر على المشي او خطا روية الهلال وعندنا هو فائت
الحج او حبس او غير ذلك مما يمنع المحرم من المضي في مقصده وهو قول
اصحابنا وان الاحصار بكل حابس قال ابن المنذر في الاشراف وهو مذهب
ابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وابي ثور وقال المازري هو قول
ابن مسعود وابن عباس وعروة ومجاهد وعلقمة والحسن وسالم والقاسم
وابن سيرين والزهري وابن عبيد وابي عبيدة وداود واصحابه
وذكر ذلك كله في المحلى لابن حزم وهو قول قتادة والكلبي ايضا قال المفضل
ابن سلمة قال بعض الفقهاء لا يكون الا من عدو دون المرض وهذا قول مخالف
لقول مستعملي الفقهاء ومذاهب العرب وقال مالك والشافعي واسحق واحمد

الروايتين عن ابن حنبل انه لا احصار الا من عدو والمحصر بالمرض ونحوه يبقى
على احرامه سنين حتى يطوف بالبيت ويتحلل بافعال العمرة لنا ثبت الحج
احتجوا على ذلك من وجوه الوجه الاول ان آية الاحصار نزلت عليهم
بالحديبية وكانوا محصرين بالعدو والثاني قوله تعالى في سياق
الاحصار فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه يدل على ان المريض
غير المحصر بهم منه المريض لم يكن لذكره بعد ذكر المحصر معنى والوجه
الثالث قال الله تعالى فاذا امنتم والامن او الامان لا يكون الا من العدو
دون المرض وروي عن ابن عباس انه قال لا حصر الا من عدو واستدل
عليه بهذه الاية ذكر ذلك عنه ابن رشيد في القواعد وغيره وقالوا لا
فالتحلل يزيل الاحصار من العدو بالرجوع الى اهله ولا يزول به المرض
فلا فائدة فيه وقووا ذلك بقول ابن عمر اليس حسبكم سنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم عن الحج طاف بالبيت وبين الصفا والمروة
ثم حل من كل شيء حتى يحج قابلا فيهدي او يصوم ان لم يجد هديا قالوا يريد
ان حبس بمرض ونحوه لرواية عنه وعندهم يبقى محرما ولا يتحلل الا بالطواف
والسعي ولو بقي سنين ولنا ان الاية التي فيها الاحصار وردت في
المرض قال ابو جعفر النحاس جميع اهل اللغة على ان الاحصار انما هو
بالمرض ومن العدو ولا يقال الا حصر وقال ابن السكيت احصره المرض
اذا منعه من سفر او حاجة يريدها وحصره العدو اذا ضيقوا عليه
واحاطوا به وحاصروه حصارا وقال الاخفش والكسائي والفراء وابو
عبيدة وابو عبيد حصرت الرجل فهو محصور اي حبسته واحصرني مرضي
واحصرني بولي وقالوا ما كان من ذهاب نفقة او مرض قيل منه احصر
وما كان من عدو او حبس قيل منه حصر قالوا ويدل عليه قوله تعالى
وجعلنا جهنم للكافرين حصيرا اي حاصرا لهم وقال به الزجاج وابن
قتيبة وقال ثعلب في الفصيح احصر بالمرض وحصر بالعدو وقال
ابن فارس الاحصار عن البيت بمرض وغيره سوي وفي مشارق الانوار

للقاضي عياض وقال القاضي اسماعيل الظاهر ان الاحصار بالمرض والحصر
بالعدو وقال الجوهري حصره العدو عن التصرف واحصره المرض هذا هو
الكثير في اللغة وقال النووي قال اهل اللغة يقال احصره المرض وحصره
العدو وفي الكشاف احصر اذا منعه امر من خوف او مرض او عجز قال الله
تعالى للفقراء الذين احصروا في سبيل الله اي احصرهم الفقر وقال ابن ميادة
وما هجر ليلى ان تكون تباعدت عليك ولا ان احصرتك شغول
وحصر اذا حبسه عدو عن المضي او سجن ومنه الحصير للمحبس وللملك الحصير
لانه محجوب هذا الاكثر في كلامهم والمنع فيهما في كل شيء مثل صد واصد
كذلك قال الفقهاء وابو عمرو الشيباني وعليه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ومنه قوله تعالى واحصروهم اي امنعوهم من التصرف وقال الجوهري
احصره منقول من حصره فهمز احصر لانه عن التصرف في معاشه
وعن الحج وعن السفر وكل شيء امتنع عليه فقد حصر عنه فاذا ذكر
السبب الذي حبسه قيل احصره المرض واحصره العدو وايضا
واحصر عن الكلام احتبس لسانه فاذا قيل حصره المرض والعدو
فمعناه حبسه عن التصرف وليس منقولا من حصر وقيل احصر وحصر
بمعنى واحد قال ابو عمرو الشيباني وحكى ابن فارس ان ناسا يقولون
حصره المرض واحصره العدو وقال ابن قتيبة الاحصار بالمرض والحصر
بالعدو ومنه فلما احصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وافضل الاحصار
المنع والمحصور الممنوع من النساء اما علة واما طبيعة بمعنى محصور كركوب
وحلوب وقال ابن عباس هو الذي لا يتزل وقيل هو الذي يحبس نفسه عن
المعاصي وعن سعيد بن المسيب هو الذي ليس له الا مثل هذا الشيء احله من
الارض ذكر ذلك السفاقسي كله في شرح البخاري فتبين مما ذكرنا من اطباق
اهل اللغة على ان الاحصار بالمرض دون العدو وارادة المرض بالاية
لا يلزم الترك بالنص ودخول المحصور في الاية بدلالة النص لان العذر
بالعدو في المنع اقوى لان المريض ربما وصل الى مقصده بالدابة والمحامل

والاستعانة بغير الحرمة ضرب الابوين فانه ثابت بدلالة المرض ويسمى
فحوى الخطاب او بقول العلة المبيحة للتحلل من الاحصار قدر مشترك وهو
المنع على ما مر وهو موجود في العدو والمرض فيعم بعموم العلة ويوضحه
حديث عكرمة عن الحجاج بن عمرو الانصاري قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من كسر او عرج فقد حل وعليه حجة اخرى من قابل
قال عكرمة فذكرت ذلك لابن عباس ولابي هريرة فقالا صدق رواه الخمسة
ذكره ابن تيمية في المنتقى قال الترمذي حديث حسن وقال القرافي في الذخيرة
هو ضعيف وهو خطأ منه قال النووي في شرح المهذب روي باسانيد
صحيحة ولو كان فيه ضعف لما احتج به فكيف وفيه على ضعفه مخالفته
مع مخالفته مذهبه وفي رواية لابي داود وابن ماجة من عرج او مرض
او كسر وفي رواية عن احمد من حبس بكسر او مرض وعن سعيد بن حزابة
المخزومي انه خرج حاجا فصرع هكذا في المنتقى وفي الامام فوقعت رجله
في بئر فاصيبت فسأل عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير ومروان بن
الحكم وغيرهم كلهم يقولون له ابدا بما يصلحك من الطب وافسح محلك واقعد
فاذا صححت فاعتمر وحل من احرامك وعليك حجة من قابل وقال ابن حزم في المحلى
صح عن ابن مسعود رضي الله عنه انه افتى في محرم بعمرة لدغ فلم يقدر على
النفوذ انه يبعث بهدي ويواعد اصحابه فاذا بلغ الهدي محله حل وصح عنه
ايضا انه افتى في مريض محرم لا يقدر على النفوذ بانه يخرج عنه بدنة
ثم يحل عاما قابلا لا يمثل لهم لانه الذي اهل به فان قيل ليس في حديث
عكرمة عن الحجاج الا ايجاب حجة اخرى ولا ذكر للهدي فيه قلنا
ان القران جاء بايجاب الهدي وهو زائد على ما في هذا الخبر واثر ابن مسعود
ذكره الشيخ الرازي ابو بكر وسعيد بن منصور ايضا وهو ان محرما بعمرة
بلغ ذات الشقوق فلدغ فقال مروه فليبعث بالهدي واجعلوا بينكم امارة
فاذا بلغ الهدي محله فليحل وعليه قضاء عمرته وقد ذكرناه عن ابن
حزم وهو صحيح وقالوا حديث الحجاج متروك الظاهر فانه لا يحل بذلك

اجماعا مثل مرانه عليه السلم به انه حان له ان يحل لا انه حل
بغير دم لانه لم يؤذن له في ذلك شرعا للنص المتقدم وهو نظير قوله
عليه السلم اذا اقبل الليل من هاهنا افطر الصائم اي جاز له ان يفطر
وحل في وقت الافطار فلو كان افطر لم يتصور الوصال ويقال اذا خرجت
المطلقة من العدة حلت للرجال اي حل التزوج بها لا انها حلت لهم بغير
عقد وقالوا في قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي فقدروا
فعليه ما استيسر من الهدي وكذا في قوله تعالى ففدية من صيام فقدروا
فحلق ففدية من صيام ومثله كثير في القران والحديث ولم يقولوا
هذا متروك الظاهر ويتركوا العمل بذلك بل صاروا الى التقدير وتركوا
الحديث برمته والتقدير مقدم على الترك لا سيما اذا كان نزل ذكره للاعتماد
على ظاهر القران ومن الشافعية من حمل الحديث على الاشتراط
وهو حديث صحيح ولم يعملوا به في الجديد ولا يصح حمله عليه وسياتي
الكلام عليه والجواب عن قولهم ان الاية نزلت في المحصرين
بالعدو وقد تقدم وجوابه ان سلم ما قالوا ان الاعتبار لعموم
اللفظ لا لخصوص السبب عندنا وهو المختار عند الفقهاء والاصوليين
وعن الثاني ان المرض انما ذكر بعده لانه صنفا تصفه محصر
فاراد بالثاني الصنف الذي هو محصر وعن الثالث ان المراد بالامان
الزوال المرض قال عليه السلم الزكام امان من الجذام والدمل امان
من الطاعون ومثله كثير ويدل عليه انه ذكر الامن في الاية اذ الامان
عقيب المرض والفاء للتعقيب فاذا زال المرض امن من الموت بذلك
المرض الزائل عنه فصح ان يقال فاذا امنتم ووجه اخر ان عود الضمير
الى المحصرين بالعدو الذي هو مدلول عليه غير مذكور بعيد والاولى
عوده الى المحصرين بالمرض الذي سيقت الاية له والعدو استفيد
بدلالة النص على ما تقدم والرواية عن ابن عباس مضطربة ذكره ابن
حزم وتضعيف ابن عباس الحجاج بن عمرو دليل على اضطرابه قوله ويحل
بل

قوله على نفي الكل مثل لا فتى الا علي ولا سيف الا ذو الفقار وقولهم ان المرض
لا يزول بالتحلل فلا فايدة فيه بخلاف العدو فانه يتحلل ويرجع الى
اهله فيفيد والجواب عنه من وجهين احدهما انه منقوض بالعدو
والمحيط به من جميع الجهات فانه يتحلل عنه على الصحيح عند الشافعي وان
لم يزل كالمرض وبالحبس عند الشافعي وان لم يكن له منه خلاص ولا نجاة
وعند مالك لا يتحقق الحصر الا بالعدو ذكره عنه ابن حزم في المحلى
والوجه الثاني انه يمكنه ان يرجع الى اهله محرما من غير تحلل
فابيح له التحلل لا لضرر امتداد الاحرام ولا فرق بين العدو والمرض
والضرر الناشي من المرض اشد فكان ادعى الى شرع هذه الرخصة
وحديث ابن عمر هو اول المخالف له وقولهم يريد ان حبس بمرض ممنوع اذ هو
تقييد بغير دليل ولان سببه انما كان في عام الحديبية وحصر كان
بالعدو ولم يطف ولم يسع ولا حصر بالمرض قط فكيف يكون سببه وانما
هو اجتهاد وفي المحيط اذا جعل العدو عذرا وهو من جهة العباد فالمرض
اولى لانه جا من قبل صاحب الحق وذكر النواوي ان المحصور بالعدو ولو
وجد طريقا اخر من طريقهم فان صاحب الفروع والروياني وصاحب
البيان وغيرهم ان لم يكن معهم نفقة تكفيهم لذلك الطريق فلهم التحلل وهذا
احصار بفقد النفقة الطريق من غير عدو فقد رجعوا الى قول اصحابنا
وفي الذخيرة ان ضربه الطريق لا اخرجا له التحلل عند مالك وهو عين مذهبنا
من غير عذر وفي المحلى عن النخعي الاحصار من الخوف والمرض والكسر وعن
عطا من كل شي يحبس المحرم وعن ابن مسعود الحصر المرض والكسر
وعن علقمة الحصر الخوف والمرض وعن عروة الحصر ما حبسه من وجع
او خوف او ابتغا راحلة ومثله عن الزهري وابي عبيدة قال وبعض
والشافعي بين المحصر بعدو وبغيره فاسد واما ابقا المحصر بغير
عدو على احرامه سنين حتى يطوف بالبيت فقول لا برهان على صحته
ولا اوجبه عليه قران ولا سنة ولا اجماع بل هو خلاف القران والصحابة

قد اختلفوا

قد اختلفوا في ذلك في العمرة خاصة ولم يرو عن احد منهم انه افتى
بذلك في الحج اصلا انتهى كلام ابي محمد بن حزم وفي المحيط والبدايع والتحفة
والمرغيناني والاسبيجابي وغيرها ان المراة اذا احرمت بغير
زوج او محرم او مات محرمها او زوجها بعد احرامها فهي محصرة والعدو
يكون من المشركين والبغاة وقطاع الطريق والحرب من المسلمين وغيرهم
معناه في المبسوط والمغني وفي الصحاح عرج بكسر الراء اذا صار
العرج اصليا له وبالفتح اذا عرض له ومصادر الثاني بالضم وفي المغارب
عرج بالكسر اذا كان خلقه او اشد العرجان وبه قال ايضا عرج بالضم
ذكره ابن دريد والموضع الثاني من مواضع الخلاف ان المحصر لا يتحلل
الا بالذبح عندنا وبه قال الشافعي واحمد بن حنبل وجمهور اهل العلم وقال
مالك لا هدي عليه الا ان يكون معه هدي ساقه وهو خلاف النص
في الاية وكان في حصر الحديبية وهم محرمون بعمرة ونحروا البدنة
عن سبعة والبقرة عن سبعة متفق عليه ولانه تحلل قبل اوان التحلل
فصار كفايت الحج عنده والحلق عن الاذى قبل اوانه على ما تقدم وفي
الذخيرة المالكية نزلت الاية في الحصر بالمرض والموضع الثالث يتحقق
الاحصار في العمرة عند عامة اهل العلم وهو مذهبنا ذكره في المبسوط
وغيره وذكر محب الدين الطبري عن ابن عمر وابن عباس انه لا يتحقق
لعدم التاقيت وخوف الفوات وذكر ابن قدامة الحنبلي انه قول مالك
وفي الذخيرة المالكية المحصر بعدو غالب او فتنة في حج او عمرة يتحلل
في موضعه اذا يئس قال ابن القاسم ليس للعمرة حد بل يتحلل وان لم يخش
الفوت خلاف ما ذكر ابن قدامة عنه وحكي عنه مثله في الكتاب الى
اهله في التحلل لضرر امتداد الاحرام لا لخوف الفوات والموضع الرابع
لا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم عندنا في الحج والعمرة قال الشيخ
ابو بكر الرازي في احكام القران هو قول ابن مسعود وابن عباس
عليه وعطا وطاوس ومجاهد والحسن البصري وابراهيم النخعي و سفيان

الثوري قال مالك والشافعي وابن حنبل في المعتمر يذبح هديه حيث احصر وعن
ابن حنبل في الحج روايتان احدهما انه مختص بيوم النحر وفي شرح المهذب
للنووي لو احصر في غير الحرم فاحد الوجهين واجمعوا انه لو احصر
في الحرم لا يجوز ذبحه في الحل وبالعكس يجوز بلا خلاف فاذا ذبح حصل
التحلل بالذبح والنية والحلق ان قلنا انه نسك والا يحصل بالذبح والنية
واحتجوا بان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه حصروا عام الحديبية
في ذي القعدة سنة ست من الهجرة فنحر وا هداياهم بها وهي من الحل
ولنا نص القران في الاحصار وهو قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى
يبلغ الهدي محله فلو كان محله معنى لانه يكون قد بلغ محله في كل موضع احصر
فيه فتبطل الغاية المذكورة في القران وتبطل فائدة الاية ومعناه في الشافي
فان قولهم مخالف لظاهر القران ويدل عليه قوله تعالى ثم محلها الى البيت
العتيق وهو عام في كل هدي وهو بيان للمحل المجمل في قوله حتى يبلغ الهدي
محله فتبين به ان محله البيت العتيق والمراد بالبيت الحرم لا الكعبة
ولان البيت والمسجد لا يذبح فيهما فاذا جعل الله المحل البيت العتيق
لا يجوز لاحد ان يذبح دونه ويجعل المحل غيره وقد قال في جزاء الصيد
هديا بالغ الكعبة فجعل بلوغه الكعبة من صفات الهدي فالموصوف
لا يوجد بدون صفته لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ولهذا قلنا
لا يذبح جميع الهدايا الا في الحرم ويؤيد هذا قوله تعالى في سياق الاية
فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة
او نسك فاوجب على المحصر دما ونهاه عن الحلق حتى يذبح هديه فلو كان
ذبحه في الحل جائزا لذبح صاحب الاذى هديه عن الاحصار وحل به
واستغنى عن فدية الاذى ويدل عليه قوله هم الذين كفروا وصدوكم
عن المسجد الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ محله اي وصدوا الهدي ان يبلغ
محله وقال ذلك في شان الحديبية فدلت الاية ان الهدي محله لم يبلغ محله في
الحديبية وذكر صاحب الحاوي ابو جعفر الطحاوي ورواه ابو جعفر

الطبري عن ناجية بن جندب الاسلمي صاحب بدن النبي صلى الله عليه وسلم
انه نحر هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحرم بامر النبي صلى الله عليه وسلم
ولانه عليه السلام صد عن البيت ولم يصد عن الحرم قال الله تعالى هم الذين
كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام وعن المسور بن مخرمة ومروان بن
الحكم ان خباء رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الحل ومصلاه في الحرم رواه
الطحاوي عنهما وروى الزهري ان مضارب النبي صلى الله عليه وسلم كانت
في الحل ومصلاه في الحرم وقال مالك الحديبية من الحرم قال الزمخشري
كان مخيمه عليه السلام طرف الحديبية الى اسفل مكة وهو من الحرم وفي
المبسوط نصف الحديبية ونصفه من الحل وقول المخالف ابن بطال وقول
من ذهب بانه عليه السلام في اول الحرم وكان رحالهم ونحرهم في الحرم انتهى كلامه
قال الحافظ ابو جعفر لا يجوز في قول احد من العلماء لمن وقف على دخول شي
من الحرم ان ينحر هديه دون الحرم قلت اختلف الناس فيه في
ذلك كما ذكرنا عنهم قال العلامة العراقي في العجب لمن يقولون ان بعض الحديبية
من الحرم مع قوله سبحانه في هذه الواقعة هم الذين كفروا وصدوكم عن
المسجد الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ محله والتقدير وصدوا الهدي
ان يبلغ محله فاعتقادهم ان الهدي قد بلغ محله وهو الحرم مخالف للاية
قلنا عنه جوابان احدهما لصاحب الكشاف المراد المحل المعهود
وهو منى قلت منى معهود للنحر في الحج دون العمرة وهم كانوا معتمرين
فالمحل المعهود في العمرة المروة واستحباب نحر الهدايا للمعتمر في المروة
منصوص عليه عند الشافعي وغيره وقد منعوا ان يبلغ محله المستحب
وكذا ذكره ابو بكر الرازي والعجب منه كيف لم يقف على هذا مع اعتنائه
بالكشاف والجواب الثاني يحمل على انهم منعوهم اولا ولا يدل ذلك على استمرار
المنع واذا حصل المنع في وقت صح انهم قد منعوا كقوله يا ابانا منع
منا الكيل وانما منع في وقت واطلق في وقت اخر ولانه لما وقع الصلح
بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين قريش زال المنع فذبح في محله الذي

بلغ

هو الحرم ولان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم فلا يكون هديًا دونه قال الطبري
جمع الهدايا مختص بالحرم الا هدي الاحصار وفي الكشاف الهدي جمع هدية
مثل جدي وجدية وهي بطانة السرج قلت الاصح ان الهدي اسم جمع
وهو من باب تمر وحنظل وبطيخ قال الله تعالى هديا بالغ الكعبة فلو كان جمعا
لقال بالغة الكعبة وقرئ من الهدي بتشديد الياء جمع هدية كمطي ومطية
وقالت الشافعية العقد يحرم بطل الرخصة قلت هذا رد
النص بالراي ومع ان اصل الرخصة حاصل وهو التحلل به من الاحرام
الدائم وفي حديث عمرو بن ميمون امرهم عليه السلام بابدال الهدي لانهم
نحروا هداياهم عام الحديبية خارج الحرم رواه ابو داود والموضع
الخامس انه يجوز ذبحه قبل يوم النحر في العمرة ولذا في الحج عند ابي حنيفة
وبه قال الشافعي ومالك وابن حنبل في العمرة ولذا في الحج في رواية وقال
ابو يوسف ومحمد والثوري ورواية حنبل والاثرم عن ابن حنبل انه
لا يجوز قبل يوم النحر لمنزلة التحلل قبله لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم
حتى يبلغ الهدي محله ومحله ذبحه في الحرم والموضع السادس لا احتياج الى
الحلق بالتحلل بالذبح وقال ابو يوسف ومحمد والثوري ورواية عنهما ان
الحلق فلا شيء عليه ذكره الرازي وفي الكرماني في حلق المحصر روايتان عن
ابي يوسف في رواية واجب وفي رواية غير واجب وفي رواية النوادر
عليه دم بتركه وعندهما لا واجب وعند الشافعي وابن حنبل
لا بد اذا جعلناه نسكا وفي المغني في الحلق روايتان في وجوبه عن
احمد وقال الطحاوي ابو جعفر يتحلل بذبح الهدي من غير حلق اذ قد سقط
عنه بالاحصار جميع المناسك من الطواف والسعي وغيرهما مما يحل
به المحرم من احرامه فكذا الحلق لهم واتفقوا في العبد والمرأة ان للسيد
والزوج ان يحللاهما بغير حلق ولا تقصير وقال ابو بكر الرازي ولان
الحلق لم يعرف نسكا الا بعد اداء المناسك وقبله يوجب جناية ويدل عليه قوله
عليه السلام لعائشة رضي الله عنها انقضي راسك وامتشطي ودعي العمرة واغتسلي

والاهلال بالحج من غير تقصير حيث لم تأت بافعال العمرة وفي حديث الحجاج قال
عليه السلام من كسر او عرج فقد حل والهدي قال نص ومثله في حديث ضباعة
بنت الزبير بن عبد المطلب لها اشتراط قال النواوي هي عمة رسول الله
صلى الله عليه وسلم ومثله في المبسوط انه عليه السلام قال لها اشترطي وقولي
ان محلي حيث حبستني متفق عليه وليس فيه تقصير وقال امام الحرمين
والغزالي في الوسيط ضباعة الاسلمية قال النواوي هو غلط فاحش
بل هي هاشمية وفي المحلى قال ابن حزم قد روينا عن ابن عباس فيمن احصر
بعث بهديه فان نحر فقد حل من كل شيء ولم يعلق التحلل عن الاحصار الا
بالنحر من غير حلق وفي بعض طرق حديث الحديبية نحروا هداياهم
وحلوا ولم يذكر فيه الحلق وقالت المالكية والشافعية ان سائر
المناسك تعذر فعلها والحلق لم يتعذر فلا يكون تركه قلت هذا
غلط لان المحصر لو امكنه الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار ولم يمكنه
الوصول الى البيت ولا الوقوف بعرفة ولا يلزمه الوقوف بالمزدلفة
ولا رمي الجمار لانهما مرتبان على افعال هي نسك يتقدمهما وفعل ذلك بدون
تلك المناسك التي يتقدمها لا يكون نسكا فلذا الحلق مرتب على افعال اخر
فلم يكن فعله دون تلك الافعال نسكا ولان الله تعالى امر بالهدي ولم يشترط
سواه ولو كان شرطا لذكره ولما كان ركنا نسكا ولان الغاية بعد الحظر
للاباحة وذكر ابو بكر الرازي والجصاص ان الحلق انما لا يجب عندهما
اذا كان الاحصار في غير الحرم لانه يختص بالحرم وفي غيره لا يكون
نسكا كالسلام في الصلوة قبل تمامها وفي ملتقى البحار انما امرهم
عليه السلام بالحلق لانهم كانوا يطمعون في دخول مكة ويرون التحلل
قبل الطواف فامرهم عليه السلام بالحلق ليقطع اطماعهم والتسليم لامر
الله تعالى ولا انساءه نحكم ذكره ابن المنذر في الاشراف بمعناه والموضع
السابع اذا لم يجد هديا فانه يبقى محرما ولا بدل له عندنا وبه
قال مالك والشافعي في احد قوليه وفي القول الآخر يصوم عشرة ايام كالمتمتع

وهو قول ابن حنبل واشهب وفي المرغيناني والتحفة هو قول ابن حنبل
واشهب وفي المرغيناني والتحفة هو قول ابي يوسف اخرا وكان عطا
يقول اذا عجز عن الهدي نظر الى قيمته فيطعم بذلك لكل مسكين
نصف صاع من بر او يصوم وقال ابو يوسف في الامالي وهذا احب
الي وكان سبب المحصر المحرم قبل ذبح هديه في الحرم حكم الذي لم يحصر وكذا بفعله
لو ذبح هديه في غير الحرم يبقى محرما حتى يذبح غيره في الحرم وان كان
قد حل قبل ذلك فعليه دم سواء كان عالما به او لم يكن ذكر ذلك في المبسوط
وان حل في يوم وعد على ظن انه ذبح هديه في ذلك اليوم ثم علم انه لم يذبحه
كان محرما وعليه دم لاحلاله قبل وقته وتناوله محظور احرامه ولو
ذبحوا الهدي قبل يوم الوعد بيوم جاز استحسانا ولو حل قبل يوم الذبح
بيوم ثم ذبح حل بالذبح وعليه دم ذكره في الخزانة لمحمد رحمه الله لا يقاس
بعض المنصوصات على بعض ولان القياس لا يجري في الكفارات عندنا
فيمنع جوازه ولان في ذلك ترك المنصوص بعينه لان الله تعالى قال
ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن اباح الحلق قبل بلوغه محله
فقد خالف النص ولا يجوز ترك النص بالقياس لو قيل به والموضع الثامن
المحصر بالحج اذا تحلل يجب عليه قضا حجة وعمرة وان كان المحصر بالعمرة يجب
قضا العمرة لا غير وهو قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعروة وقال
ابو بكر الرازي هو قول ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وعلقمة والحسن
والشعبي وسالم والقاسم وابن سيرين وعكرمة والنخعي ورواية عن ابن
حنبل وفي رواية لا قضا عليه الا ان يكون حجة الاسلام قالوا لم يامر عليه
السلام اصحابه بالقضا فلو كان القضا واجبا عليهم لامرهم به وقولهم مردود
بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ولانهم اجمعوا على انهما يجبان بالدخول فيهما بمنزلة
حجة الاسلام والمنذور من الحجة والعمرة ويجب المضي في فاسدهما ويدل
عليه قوله عليه السلام وعليه حج من قابل في حديث الحجاج المتقدم ولم يفرق
بين حجة الاسلام والنفل وقد عد ذلك الراشد من ذكرنا من الصحابة ولم يحكه

٢٢
عن الفدية وقد سووا في الجنايات في الاحرام بين المعذور وغير المعذور
وكذا في الفوات اوجبوا القضا على المعذور وغير المعذور ولانه عليه السلام
قضاها في العام القابل فسميت عمرة القضا وكان معه جماعة من اصحابه
فقضوا وقال ابو حاضر عثمان بن حاضر الحميري هو ثقة خرجت معتمرا
في محنة ابن الزبير ومنعوني ان ادخل الحرم فنحرت الهدي مكاني واحللت
فرجعت فلما كان من العام المقبل خرجت لاقضي عمرتي فاتيت ابن عباس
فسالته فقال ابدل الهدي فان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه ان يبدلوا
الهدي الذي نحروا عام الحديبية في عمرة القضا رواه ابو داود وهو
محمول على اعادة الهدي الذي نحروه في الحل لان المالكية انما سميت عمرة
القضا لانه عليه السلام قاضى عام الحديبية قريشا وصالحهم مدة على انه
بلغ يرجع اليها في العام المقبل وسمي عمرة قلت هذا فاسد لوجهين
احدهما ان المقاضاة انما وقعت عام الحديبية ولم يكن فيه عمرة وانما سميت
عمرة القضا في العام المقبل عند اتيانه عليه السلام بها فعلها والثاني
لو كان اشتقاقها مما ذكروا لقيل عمرة المقاضاة او القضا بكسر القاف
ولم يسمع من والثاني ليس بقياس وانما المقيس فيه المفاعلة ولهذا لا يقال
حاسبته حسابا ولا قاعدته قعادا ذكره ابن يعيش في شرح المفصل
وانما وجبت عمرة مع حجة لانه في معنى فائت الحج وهو يتحلل بافعال العمرة
ولم يات بها فلهذا يقضيها فان قيل ينبغي ان لا تجب العمرة ههنا لانها
انما وجبت على فائت الحج ومفسده للتحلل وقد حصل التحلل بالهدي ولا حاجة
الى غيره قلنا الهدي انما وجب على المحصر لتعجيل التحلل ولان العمرة
وجبت للتحلل وانها قربة مقصودة بنفسها فيحتاج الى ادائها والتحلل بالهدي
ان يحصل بها القربة الحاصلة بالعمرة لم يوجد على المحصر قضا العمرة لتحصل
قربة العمرة لا للتحلل وعلى فائت الحج ومفسده وجبت العمرة للامرين
وهو قول من تقدم من الصحابة والتابعين ولنا بهم قدوة ومن اقتدى
بهم اهتدى والموضع التاسع في الاشتراط ولا اعتبار به عندنا ولا يحل

الا بالهدي وبه قال مالك والشافعي في الجديد وعن محمد في رواية يعتبر شرطه
وهو قول ابن حنبل وداود وجماعة من اهل الحديث والقديم للشافعي
معتمدهم حديث ضباعة المتقدم مرسلا عن النبي عليه السلام وقال لو — رواه الشافعي صح
ثبت حديث عروة لم اعده الى غيره ذكره النواوي ولحديث امام الحرمين ان المراد
به حبسني بالموت اي حيث ادركتني الوفاة فانقطع احرامي قال النواوي
وهذا تاويل باطل ظاهر الفساد وقالت عنهم لا يسقط الاحرام بالموت
ولكن ان قال اذا شرط ينتهي الاحرام بالموت ولو نذر عندهم صوم يوم
او ايام وشرط ان يخرج منه بعذر صح شرطه وجاز له الخروج بذلك
العذر بلا خلاف ذكره النواوي فكيف ابطلوا الشرط الثابت في الحديث
الصحيح وقال اصحابنا الاشتراط لا يكون معنوا ان يجب بدونه كاشتراط
العوض في القرض واشتراط الرد في العارية واشتراط الامانة في
الوديعة وفائدة اشتراط تعجيل التحلل ولو لم يشترط لتاخر تحلله
الى حين بلوغ الهدي محله وقال الزهري لم يقل احد بالشرط ذكره الطحاوي
وقال هو والرازي الكبير ولو تحلل بالشرط من غير هدي لما شرع الهدي
لان كل من احرم كان يشترط الموضع العاشر يبعث القارن بدمين عندنا
قال ابن حزم روينا ذلك عن ابراهيم النخعي وسعيد بن جبير بناء على انه محرم
باحرامين عندنا وعند الائمة الثلاثة يتحلل بذبح هدي واحد لانه محرم
باحرام واحد عندهم وقد تقدم ذلك في الجنايات وعن القاسم وسالم
يبعث هديه فاذا نحر فقد حل وعليه عمرتان وحجة وهو قول سعيد
ابن جبير الموضع الحادي عشر عبد الملك بن الماجشون عن
مالك وقال ان المحصر بعد احرامه سقط عنه حجة الاسلام لانه
قد اجتهد واتى بوسعه وخالفه الجماعة فيه والموضع الثاني
عشر اذا احاط العدو من كل جانب يتحلل عند الجمهور وفي احد قولي
الشافعي او الوجهين لا يتحلل وقد ذكرناه فيما تقدم والموضع الثالث
عشر المحصر اذا فاته الحج وقدر ان يتحلل بافعال العمرة يتحلل بها ولو لم يتحلل

لا يخرج من العام القابل بذلك الاحرام عندنا وهو قول الجمهور كالشافعي عندنا
والحنبلي وغيرهما وقال مالك يحج به اذا لم يتحلل منه والموضع الرابع
عشر قال الزهري وعروة بن الزبير لا احصار على اهل مكة وفي المبسوط
لو احصر بمكة بعد قدومه فليس بمحصر وذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف
قال سالت ابا حنيفة عن المحصر في الحرم قال لا يكون محصرا قلت
فالنبي عليه السلام احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة كانت
دار الحرب والان هي دار الاسلام وقال ابو يوسف ان غلب العدو وحال
بينه وبين البيت فهو محصر قال السرخسي الاصح انه اذا امتنع من الوقوف
والطواف فهو محصر وفي البدائع قال الجصاص هو الصحيح وفي المحيط
وهو الذي ذكره محمد في النوادر وما ذكر عن ابي حنيفة هو جواب الاصل
الموضع الخامس عشر لا يتحقق الاحصار بعد الوقوف بعرفة
عندنا وبه قال مالك لا يكون حراما حتى يصل الى البيت فيطوف طواف
الزيارة والصدر ثم يحلق وقد فاته الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار
فعليه دم للوقوف ودم لرمي الجمار بالاجماع ودم لتاخير طواف الزيارة
والحلق عند ابي حنيفة وعند الشافعي وابن حنبل يتحقق قبل
...لانه اتى بمعظم الحج وهو متمكن من التحلل بالحلق الا من النساء فيحفظ الصيد
والموضع السادس عشر ان امتنع عليه الطواف والوقوف
بعرفة فهو محصر وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما الوقوف فقد
ذكرنا ان بعد الوقوف لا يكون محصرا واما الطواف فلانه يتحلل به
فلم يكن محصرا مع القدرة على الطواف والموضع السابع عشر
ذهب بعض الناس انه لا احصار اليوم لزوال الشرك عن جزيرة العرب
وهو فاسد وقال الحرب وقطاع الطريق لا تخلو الارض منهم وقد كانت
القرامطة بعد زوال الشرك اشد على الحجاج من المشركين وكذا بنو
خفاجة وبنو بلي وبنو سالم وغيرهم لا اكثرهم الله الموضع الثامن
عشر المحرم بالحج اذا احصر وفاته الحج فانه يتحلل بافعال العمرة اذا قدر

عليها ولا يحتاج الى احرام جديد للعمرة عند ابي حنيفه ومحمد بل يؤديها باحرام
الحج الذي هو فيه وعند ابي يوسف يحتاج الى احرام جديد للعمرة لان
العمرة عبادة اخرى غير الحج والزماه يا المكي اذا فاته الحج يتحلل بعد الاحرام
ولا يحتاج الى الخروج الى الحل لاحرام هذه العمرة اجماعا ذكره القدوري في
شرحه لمختصر الكرخي والموضع الثالث والعشرون اذا احبسه السلطان
او حبس في مدينته يتحلل عندنا خلافا لمالك فانه قال لا يتحلل الا
بالبيت والموضع الرابع والعشرون المحصر اذا تحلل بافعال العمرة فليس عليه
الوقوف بالمزدلفة ولا رمي الجمار وقال المزني يفعل ما قدر عليه من مناسك
الحج مع افعال العمرة كما يأتي بعد الكل في القضاء ولا يعتد بالاشياء
فيه اذا لا يعتد بها مستقر دين عندنا بسببه لا بالافعال ذكره الكلاباذي في المستصفى
والموضع الخامس والعشرون الذبح عندنا يختص بالحرم وقد تقدم
سوا المحصر ذبحه في الحرم او لم يكن وقال الشافعي في احد الوجهين يجوز
ذبحه في الحل مع الهدي على ذبحه في الحرم واجمعوا على انه لو احصر في
الحرم لا يجوز ذبح هديه في الهدي ولذا لو احصر في الحل لا يجوز ذبحه
في الحل في غير مكان الاحصار عندهم والموضع السادس والعشرون
لو احاط العدو به لا يتحلل في احد الوجهين لو الفوات للشافعي وعند
الجماعة يتحلل ولم يقدم ولو افسد حجه بالجماع ثم احصر يتحلل ثم زال
الاحصار والوقت باق يقضي حجه ولا عليه قضا الحج في سنة الافساد
الا في هذه المسأله ذكرها النواوي والموضع السابع والعشرون يتحقق
الاحصار كيف ما كان العدو في المنع عاما كان او خاصا وعن الشافعي لا يحلل
سر دم في قول والموضع الثامن والعشرون لو في الحصر المالكيه
الاحلال الواحد الثلاثة ان يكون العدو ظاهرا بعد احرام او قصد ولم يعلم
به او علم وكان يرى انه لا يصله فصده وان علم انه يصله او قصد لا يحل الا
ان يشترطه في صورة النسك وعندنا لا تفصيل في ذلك ويتحقق في الكل ويتحلل
منه ولو لم يتحلل حتى فاته الوقوف لزمه ثلاثة دما يعني اذا افسد حجه

ثم احصر ودم الفساد ودم الفوات ودم الاحصار ذكره النواوي والموضع
الخامس والعشرون القارن اذا احصر وتحلل منهما يلزمه عمرتان
وحجة عندنا سوا كان في الفرض او النفل وعند الثلاثه لا يلزمه شي
في النفل ثم ان شا قضاها بقران او افراد احدى العمرتين للتحلل عن العمرة
بعد الشروع فيها والاخرى عن التحلل من احرام الحج وقال الشافعي
وابن حنبل يلزمه القران في الفرض ولو بعث القارن بهدي واحد ليتحلل
عن احدى الاحرامين لا يصح والمحصر بالحج او العمرة لو بعث بهديين حل
باولهما فان دخل قارنا وطاف لعمرته وسعى لحجه فخرج الى الحل فاحصر
قبل ان يقف بعرفه فانه يبعث بهدي ويتحلل وعليه حجة وعمرة مكان
حجه وليس عليه عمرة مكان عمرته لانه قد فرغ منها ولم يبق عليه للعمرة
الا الحلق وانما يبعث الهدي للتحلل من احرام الحج ولا يعتد بطوافه
وسعيه للحج لان طوافه كان تطوعا ولا يجوز ان يتحلل به ولانه وجد
قبل الاحصار فلهذا يبعث الهدي للتحلل من احرام الحج وكان عليه قضا
عمرة لان ذلك الطواف والسعي وجودها كعدمها في حكم الاحصار
وعليه دم لتقصيره في غير الحرم عند ابي حنيفه ومحمد لان الحلق
للعمرة يتوقف عندهما بالحرم ذكره في المبسوط وغيره والموضع السادس
والعشرون في الاهل ان المحصر اذا قضى حجه في عامه فلا عمرة
لانه لم يؤخرها الى الحج بل يوافقها الحج في وقته الذي شرع فيه وروى
الحسن عن ابي حنيفه انه قضى حجة وعمرة لو اخرها الى العام القابل
وجعله في معنى فايت الحج ذكره ابو نصر البغدادي في شرح القدوري
والموضع السابع والعشرون الحاج عن غيره تجب دم الاحصار على
الامر عندهما وعند ابي يوسف على الحاج على ما يأتي في باب الحج عن غيره
والموضع الثامن والعشرون في البدايع والتحفة والولوالجي وغيرها
اذا احرمت المراة بحج التطوع فللزوج ان يحللها بالتقبيل او المعانقة او اللمس
والتطييب وقص ظفر ونحوها في الحال من غير ذبح وليس ان يبعث هديا فيذبح في

اكرم ولذا العبد [illegible] ه وعليهما الهدي بعد عتقهما وقضا الحج والعمرة
لو حو بهما بالشروع [illegible] ذا بعد اذن المولى لهما في ذلك للذي يلزمه تحليلهما
وروى عن ابي يوسف [illegible] زفر ومالك والشافعي انه ليس له تحليلهما لاسقاط
حقه بالاذن كالرواية والصحيح ظاهر الرواية ولا يتحلل بالنهي
ولا بقوله حللتك وفي الموضع التاسع والعشرون لا يلزم المولى الهدي
وان كان باذنه وذكر [illegible] في شرحه لمختصر الكرخي ان المولى اذا
اعتقه يجب على المولى [illegible] بعث الهدي عنه وقبل اعتاقه لا يجب عليه
والفرق ان بعد الاعتاق صار ممن يجب عليه حق وقبله لا يجب وصار
كالحر اذا حج عن غيره فا[illegible] يجب دم الاحصار على الامر وذكر القاضي
في شرحه لمختصر الطحاوي ان الهدي يجب على المولى قبل ان يعتق ويذبح
عن العبد في الحرم ولا يحل الا به لان احرامه كان باذنه فاشبه نفقته
والموضع الموفي للث[illegible] في المسائل لو احرمت باذن زوجها
لا يتحلل الا بالذبح وروى ز[illegible] عن ابي حنيفة ان احصارها الى يوم
النحر صح احلالها وان زال في [illegible] يقدر ان يدرك الحج بعده لا يحل بذبح
ذلك الهدي ويجب عليها المضي في الوجهان لم تفعل حتى فاتها الحج اي
بمنزلة فائت الحج تتحلل بالعمرة والموضع الحادي والثلثون
اذا زال الاحصار وقدر على الحج بعدما ذبح جاز له التحلل استحسانا
وفي رواية زفر عن ابي حنيفة لا يتحلل وهو قوله ولو كان يدركهما
وجب عليه التوجه [illegible] هديه ما شاء لعدم الحاجة اليه وان كان
لا يدرك واحدا منهما لا يجب التوجه حتما وان توجه يتحلل بالعمرة لفوات الحج
وان كان يدرك الهدي دون الحج فلا فائدة في التوجه لفوات الاصل على ما
ذكرناه وجه القياس [illegible] انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود
بالبدل وهو الهدي [illegible] انه لو قدر على التحرير في الظهار قبل تكميل
الاطعام بعد استمرار العجز عن الصيام وجه الاستحسان انا لو الزمناه
التوجه لضاع ماله وحرمة المال كحرمة النفس وهذا لانه من قصد

احدها انه كالمقاتل من قصد قتله ولا يمكن تضمين المبعوث على يده لانه امين
ثم ان شاء صبر حتى يذبح عنه ويتحلل وان شاء توجه واداء النسك فيه
باحرامه وهو الافضل وهذه القسمة العقلية لا شيء على قولهما اذا
زال الحج مع فوات الهدي لا يتصور عندهما لان الحج يفوت بطلوع فجر
يوم النحر والهدي يذبح يوم النحر وبعده لانه موقت بيوم النحر
عندهما ولا يجوز قبله والذبح للمحصر بالعمرة غير موقت اتفاقا فلهذا
عندهما وفي الكواشي فان قيل [illegible] وجب ان يأتي بالعمرة التي وجبت عليه
بالشروع في القران وهو ما ادى عليها قلت [illegible] لا يقدر على ادائها
على الوجه الذي التزمه وهو ان يكون افعال الحج مرتبة عليها ويكون
الحج يفوت وقوله فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم
بعينه هذا ايضا قول ابي حنيفة رحمه الله عليه والقارن لا يتحلل
الا بهديين فيكون مراده بقوله هديا الكل لاجل من الحج والعمرة او يكون
اراد بالهدي الجنس لقولهم قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاهد
ويمين ان يجنس الشاهد عند اقامة البينة وفي اليمين على المدعى
عليه عند عدم البينة وقوله اما اذا قدر على الطواف ولان فاته
الحج يتحلل بالطواف والدم بدل عن الطواف فاذا قدر على الاصل بطل
البدل والخلف وقد ذكرنا المسألة قبل هذا وقوله ومن وقف في هذه
المسألة خلاف لابي حنيفة ولابي يوسف والصحيح ما اعلمك من التفصيل
وهو سؤال ابي يوسف ابا حنيفة ولابي يوسف [illegible] عن الاحصار في الحرم
وقد قدمنا ان الصحيح تحققه اذا منع من الطواف والموضع الثاني
والثلثون الهدي شيء يذكره او بقرة او شاة [illegible] ابلا وهو قول عمر بن الخطاب
وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم وبه قال الجمهور وعن
عائشة وابن عمر لا تجزيه الشاة وقد عرف ذلك قبل هذا والموضع
الثالث والثلثون في السمين يجزيه ما يجزي في الاضحية عند الجمهور
وقال مالك لا يجزي من الكل الا الثني فصاعدا وقال الاوزاعي يجزي الجذع

من الكل عن سبعة الا الشاة والموضع السابع والثلاثون المخطي في رؤية
الهلال وعدد الشهر والضال ليس محصرا بل هو فايت الحج وقال داود
واصحابه هو محصر اما الضال للطريق ان لم يجد احدا يبعث على يده هكذا
قالوا فان كان لا يمكنه الرواح معه لضعف راحلته او غير ذلك فهو
محصر وفي التحفة ان خاف ان لا يمكنه المشي مع القافلة اذا هلكت راحلته
فهو محصر والموضع الخامس والثلاثون قال عبد الله وعروة ابنا الزبير
ان العدو والمرض سوا لا يحل المحصر منهما الا بالطواف قال الشيخ ابو بكر
الرازي لا نعلم لهما موافقا من فقها الامصار والموضع السادس والثلاثون
تحقق الاحصار عندنا بعد الاحرام وقال مالك لا يكون محصرا حتى يفوته الحج
الا ان يدركه فيما بقي فيتحلل في مكانه ذكره في الذخيرة المالكية والموضع السابع
والثلاثون ذهب الجمهور الى جواز قتال الحاصر عندنا لعدده وقال مالك لا يجوز
قتال الحاصر مسلما كان او كافرا ذكره في الجواهر ولم يحك خلافا وفيها
خلاف عندهم شبهة في ذلك ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم لقتال
قريش عام الحديبية والموضع الثامن والثلاثون اذا لبسوا الدروع
والمغفر للقتال فعليه الفدية وقال قوم لا شي عليهم وقد تقدم والموضع
التاسع والثلاثون لو احصر في فاسد الحج فله ان يتحلل عند الايمة
الثلاثة واصحابهم وقال داود واصحابه لا يبقى لحرامه بالافساد وقال
مالك والحسن يتحلل بعمرة والموضع الموفي الاربعين قال الايمة
الثلاثة الهدي واجب وهو شرط التحلل وقال اشهب من المالكية هو واجب
وليس بشرط للتحلل وعند مالك ليس بواجب الا ان يكون ساق معه الهدي
فينحره حيث احصر وقد ذكرناه والموضع الحادي والاربعون
قال في المحلى قد روينا عن عطا وابرهيم والحسن ان يحل المحصر دون البيت
فعليه هدي كالمحصر الذي يلزمه ان يبعث بهدي لا يحل الا في اليوم
الذي واعدهم فيه ليبلغ محله وينحر وعندنا لا شي عليه والموضع الثاني
والاربعون قال الحكم بن عتيبة على القارن اذا احل حجة وبلا عمرة وعندنا حجة

وعمرتان وقد تقدم مواضع الايمة والموضع الثالث والاربعون لو
احرم بحجتين او عمرتين ثم احصر يتحلل بهديين عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل بهدي واحد وقد ذكرناه قبل والموضع
الرابع والاربعون لو احرمت المراة بغير محرم بغير اذن الزوج
بحجة الاسلام فهي محصرة هكذا في المحيط وفي عمرة فهي بمنزلة المحصر
فله ان يحللها بغير هدي وذكر في الاصل وذكر الكرخي انه لا يحللها الا بالهدي
ولو جامعها قبل ذلك وقيل لا يكون لحصول التحلل قبل الجماع بالمس بشهوة
ذكره في المحيط في اخر الكتاب والموضع الخامس والاربعون
في البدايع المفرد بالحج اذا تحلل ثم زال الاحصار عنه فاحرم وحج من عامه
فليس عليه نية القضا ولا عمرة عليه ذكره محمد في الاصل وابو يوسف
عن ابي حنيفة وذكر الحسن عن ابي حنيفة ان عليه قضا حجة وعمرة
ولا بد من نية القضا وهو قول زفر لو تحولت السنة وعلى هذا
الخلاف لو احرمت المراة بغير اذن زوجها فحللها ثم اذن لها فيه فاحرمت
في عامها من حجة او تحول العام وجه قول زفر انه دخل في حد القضا
فلهذا احتاج الى احرام جديد لانفساخ الاول لتحلله منه ولكنا
القضا فعل المامور به خارج وقته ووقت الحج هنا باق فكان اذا لا قضا
فلا يفتقر الى نية القضا ولا عمرة عليه لعدم فواته والموضع السادس
والاربعون في المحلى عن الشعبي ان احل المحصر قبل نحر هديه
فعليه فدية الاذى اطعام ستة مساكين او صيام ثلاثة ايام او شاة
وعند الايمة الثلاثة غيره ما كل عليه شاة والموضع السابع والاربعون
المحصر ان رجع الى اهله قال عروة بن الزبير لا يحل منه الا راسه وخالف
الجماعة والموضع الثامن والاربعون قال ابو مصعب وابو بكر الابهري
ان الحج يسقط عن الحاج واذا اراد الحج وصد عنه وان لم يحرم ذكره ابو
حفص الداودي في كتاب النصيحة والقاضي عياض في الاكمال وقد ذكرناه
عن عبد الملك بن مروان الماجشون انما يسقط اذا صد بعد احرامه وخالفوا

الناس في ذلك وابو بكر النقال هو تلميذ ابن شعبان وفقيه مصري في وقته
وهو مذهب ذكره ابن بطال والموضع السادس والاربعون لو باع
العبد والامة المحرمين جاز البيع وقال سحنون في النصرانية لا يجوز بيعهما
ويملكهما المشتري عندنا وقال مالك والشافعي وزفر وابو ثور ليس له
تحليلهما ويأتي في آخر الكتاب ان شاء الله والموضع الموفي خمسين
روى محمد بن سماعة عن محمد ان الامة المزوجة اذا اذن لها مولاها في الحج
فاحرمت فليس للزوج ان يحللها ذكره في البدائع وقال لان المسافرة للمولى
لا للزوج وقال لا تستطيع الحج الامة المزوجة الا باذن سيدها وزوجها
عند الائمة وقال محمد بن الحسن لقول البستكاف فاحصارها على هذا
الخلاف والموضع الحادي والخمسون ينعقد احرام العبد والامة
بغير اذن المولى عند الفقها كافة ويثبت فيهما حكم الاحصار على ما مر وقال
اهل الظاهر لا ينعقد هكذا ذكر المسألة في الذخيرة المالكية قلت
قد ذكر ابن حزم في المحلى ان حجة الاسلام واجبة على العبد والامة
ويسقط بفعلهما قبل اعتاقهما فبعده اي لا يسقط اخرهما بغير اذن
السيد مع وجوبها عليهما وقال ابن المنذر اجمع من نحفظ عنه من اهل
العلم ان للسيد منعه من الحج الا من شذ ممن لا يذكر في الاختلاف قلت
وهم الظاهرية والموضع الثاني والخمسون في البدائع لو احرم بشيء
ولم ينو حجة ولا عمرة ثم احصر يحله عمرة ويحل بهدي واحد وعليه عمرة
في الاستحسان وفي القياس لا يتعين حجة ولا عمرة الا بالشروع في عمل احدهما
وهو قياس ما علل زفر فانه لا يخرج عن القياس والموضع الثالث
والخمسون المذهب عندنا ان الهدي ليس له بدل والاصح عند الشافعي
ان له بدلا وفيه ثلاثة اقوال احدها الاطعام والثاني الصيام والثالث
التخيير بينهما وفي الاطعام وجهان احدهما اطعام التعديل والثاني اطعام
فدية الاذى وفي الصيام ثلاثة اقوال احدها صوم التمتع والثاني صوم
الحلق والثالث صوم التعديل ذكره محب الدين الطبري في مناسكه والموضع

الرابع والخمسون في فتاوى قاضي خان اذا احصر بعد الوقوف بعرفة لا يحل
بالهدي وهو محرم عن النساء حتى يصل الى البيت فيطوف طواف الزيارة
يوم النحر وطواف الصدر ويحلق هكذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير
وهو محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة قال وان ذكر في الجامع الصغير
اشارة الى انه يحلق في الحال ولم يذكر في الاصل اشارة الى انه يؤخر
الحلق الى ما بعد طواف الزيارة وطواف الصدر وجه انه لو حلق
في الحال يقع حلقه في غير الحرم ووجه هذه الرواية انه لو لم يحلق
في الحال فربما امتد الاحصار فيحتاج الى الحلق في غير الحرم فيفوت
عن الزمان والمكان واختلاف الروايتين كاختلاف المجتهدين والموضع
الخامس والخمسون رجل احرم بحجة او عمرة ثم احصر فبعث بهدي
الاحصار فزال الاحصار ثم حدث احصار آخر فان علم انه يدرك
هديه ونوى ان يكون للاحصار الثاني جاز وحل به وان لم ينو حتى
ذبح لم يجزئه ولو بعث هديا لجزاء الصيد ثم احصر لامر فنوى ان يكون
لاحصاره الثاني جاز ولو قلد بدنة تطوعا ثم احصر ونوى ان يكون للاحصار
جاز وعليه اخرى وعند ابي يوسف لا يجزيه ويكون عن التطوع قلت والموضع
السادس والخمسون في البدائع وغيره على الزوجة والامة
تطيبهما وامتشاطهما باذن الزوج والمولى وعمرة الى ما تقدم فيما
للزوج والمولى تحليلهما ولا يفتقر تحليلهما الى الهدي وقال الشافعي
تحليلهما بما يتحلل به المحصر من الهدي او بدله على ما تقدم وعنه كقولنا
وقال سند ظاهر الكتاب يقتضي انه ليس له منعه بعد اذنه قبل
احرامه وقال اللخمي له منعه قبل احرامه عند مالك وليس له منعه
بعد احرامه اذا كان باذنه وبه قال الشافعي وفي خزانة الاكمل لو ادرك
المحصر الحج فلم يأت فهو بمنزلة من فاته الحج وان كان بعد الذبح الا ان يكون الذبح
بعد يوم النحر وفي التحفة ان ذبح في غير اليوم الموعود قبله او بعده
او ذبحه في غير الحرم وهو محرم كما هو في الذخيرة المالكية لو طاف المفرد

بالحج وسعى ثم أحصر بالمرض لم يجزئه الطواف الأول لأن بل يأتي بهما وهو قول
أصحابنا وفي المغني إن حبس بحق يمكنه الخروج منه لم يكن له التحلل وإن
كان عاجزا حل وهو كالحبس بغير الحق وخلاف مذهبه والموضع السابع
والخمسون الطائف في الحج يلزمه المضي فيه والقضاء لو أفسد فلو أحصر
في قضائه وكذلك اختلفوا في قضائه قيل لا يلزمه القضاء لأنه صح خروجه
من إحرامه والأصح لزوم القضاء لأن الإحرام في الأصل لازم والتحلل منه
لرفع الحرج والمشقة وفيما وراء ذلك يبقى صفة اللزوم وقد تقدم
في باب إضافة الإحرام إلى الإحرام وإنما أعادها هنا لكونها من مواضع
الخلاف في مواضع الإحصار والموضع الثامن والخمسون ذكر السفاقسي
والطبري عن ابن عباس أنه قال ليس على المحصر بدل وإنما البدل على من
نقض حجه بالتلذذ فأما من حبسه عذر أو غير ذلك فإنه يحل يعني
هدي ولا يرجع إن كان معه هدي وهو محصر نحره إن كان لا يستطيع
أن يبعث به لم يحل حتى يبلغ الهدي محله رواه عنه البخاري ومسلم
قال فمن أصابه الله عز وجل بمرض أو بكسر أو بحبس فليس عليه شيء رواه
سعيد بن منصور وزاد لتلذذ النساء قاله الطبري والموضع التاسع
والخمسون في المحصر إذا كان العدو يرجى زواله وعلم أنه قد بقي من
الوقت ما لا يمكنه إدراكه فإنه يتحلل عند الجماعة وبه قال ابن
القاسم وعبد الملك وقال أشهب لا يحل حتى يوم النحر ولا يقطع التلبية
حتى يروح الناس إلى عرفة حكى ذلك عنهم السفاقسي في شرح البخاري
والموضع الستون في سنن المكي إذا أتى بالحج ثم أحصر بمكة فإنه يطوف
ويسعى ويحل وكذا الغريب بمكة إذا أحرم بالحج وبه قال الشافعي وقال
مالك الذي هو محصور إذا دفع الناس من الحج يخرج إلى الحل فيحرم بعمرة
ويفعل ما يفعله المعتمر ويحل وعليه الحج من قابل والهدي مع الحج فإن لا
ولذا الغريب إذا أحصر بها حكاه عنه ابن المنذر في الإشراف وقال
الزهري لا بد للمحصر المكي أن يقف بعرفة فلم يعتبر ما ذكر ابن المنذر

وفي هذه المعنى المحصر يقطع التلبية إذا ذبح هديه والموضع الحادي
والستون قال القرطبي في شرح الموطأ من أحصر بمرض أو كسر أو وجع
فقد حل في موضعه ولا هدي وعليه القضاء وعزاه إلى أبي ثور تعلقا
بحديث الحجاج بن عمرو المتقدم وخالف فيه إجماعه والموضع الثاني
والستون على المحصر هدي واحد وتقدم فيه خلاف الحسن أنه لا شيء عليه
وقال عروة والزهري عليه هديان الهدي الأول يتحلل به في حلاق الشعر
وإذا لم ينبعث في الكمال ويبقى محرما في حق النساء حتى يصل إلى البيت فيطوف
ويسعى ويحل وعليه الحج قابلا وهدي بأن يقوله تعالى فما استيسر من الهدي
قال أبو عمر والصواب القول الأول با... القولين
فوته ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى يطلع الفجر من
يوم النحر فقد فاته الحج وهذا إجماع ولا نعلم فيه خلافا وهكذا قال صاحب
المغني والأصل فيه قول جابر لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع قال
أبو الزبير واسمه محمد بن أبي مسلم بن تدرس فقلت له أقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذلك قال نعم رواه الأثرم وعليه أن يتحلل بالطواف بالبيت والسعي
بين الصفا والمروة والحلق التي هي أفعال العمرة عند الأئمة قال المزني
وابن حنبل في رواية وابن حنبل يسقط أفعال الحج كالمبيت والرمي ونحوهما
وعند الجمهور يسقط عنه توابع الحج إذ التوابع لا توجد بدون متبوعها
وهذه العمرة تتأدى بإحرام الحج عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي وآخرين
وقال أبو يوسف وابن حنبل ينقلب إحرام الحج إحرام عمرة وتجزيه عن عمرة
الإسلام عند ابن حنبل قال أبو يوسف لا يجوز أداء العمرة بإحرام الحج كما لا
يجوز أداء الحج بإحرام العمرة فصار كما لو لم يقف ولا شاء ذلك الحج في السنة القابلة
بهذا الإحرام فلو كان إحرام الحج باقيا لجاز فعلم أن الشرع جعل إحرامه
إحرام عمرة فقلنا لو انقلب إحرامه إحرام عمرة لا يفسخ إحرام الحج ولا يقول
به ويلزم المكي إذا فاته الحج فإنه يتحلل بأفعال العمرة ولا يلزمه الخروج إلى
الحل لأجل إحرام العمرة لأنه لو لم يتحلل منه حتى دخل أشهر الحج فتحلل بها

العمرة كمن حج من عامه لا يكون متمتعًا ولو انقلب احرامه احرام عمرة لصار متمتعًا
وفي المفيد والمزيد ولا يتحلل من احرام الحج بقضي بها احرامه اذ لو زال
وانفسخ لم يكن التحلل منه لانه خروج منه فكيف يخرج منه بعد انفساخه
او انقلابه احرام عمرة وفي المبسوط ولانه بقي اصل احرام الحج بدليل انه
لو احرم بحجة اخرى يطوف لها فاسه ويسعى ويرفض الثانية فلو لم
يكن احرامه باقيا لم يكن جامعا بين احرامي الحج ولم يجب رفض الثانية وفي
المحيط جعل رفض الثانية قول ابي حنيفة وعند محمد لا يصح الثاني وعند
ابي يوسف يمضي في الحجة الثانية لان الاولى انقلب احرامها الى احرام
عمرة عنده قال ابو يوسف هذا محرم بعمرة اضاف اليها حجة ولذا في
المبسوط وان المحرم بعمرة رفضها وفي البدائع فائت الحج لو جامع فليس عليه
قضاء العمرة ولو كان عمرة لوجب قضاؤها كالعمرة المبتداة والمؤدى
ليس افعال العمرة بل مثلها يؤدى باحرام الحجة ولا دم عليه عندنا وقال
الحسن بن زياد اللؤلؤي والائمة الثلاثة عليه القضاء والهدي وروى
عن عطاء ومالك ورواية عن ابن حنبل لا يقضي التطوع احتجوا بما روى
عن ابي ايوب الانصاري انه خرج حاجًا حتى اذا كان بالنازية من طريق
مكة اضل رواحله وقدم على عمر بن الخطاب يوم النحر فذكر له ذلك فقال
له عمر اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حللت واذا ادركك الحج قابلا فاحجج واهد
ما تيسر من الهدي اخرجه مالك وعن هبار بن الاسود انه فاته
الحج فقال له عمر ما شانك فقال حسبت من الشام فاخطأت العدد فقال
له عمر رضي الله عنه يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة ثم احلق او قصر
فان ادركتها قابلا فاحجج انت ومن معك واهدوا ووجب فيه كفارة
المتعة رواه الشافعي وعن جابر قال له عمر اذهب الى مكة فطف انت ومن
معك وانحر هديا ان كان معك واحلقوا او قصروا وارجعوا فاذا كان عام
قابل فحجوا اخرجه مالك الا ان الشافعي قد خالف هذا الاثر واوجب الدم
في الحال على المذهب فعمل ببعضه وترك بعضه وابن عمر في هذا مضطرب جدا

وعن الحرث

وعن الحرث بن عبد الله او عبد الله بن الحرث ان رجلا سال عمر بن الخطاب
رضي الله عنه في اوسط ايام التشريق فاته الحج فامره ان يطوف بالبيت
ويسعى بين الصفا والمروة وان كان معه هدي نحره وحلق وحل وحج من
قابل ولم يوجبه عليه وعن الاسود ان رجلا قدم على عمر وقد فاته
الحج فامره عمر ان يحل بعمرة قال وعليك الحج من قابل ولم يوجب عليه هديا
وعن ابرهيم بن ميسرة قال سئل طاوس عن قوم فاتهم الحج قال ليس
عليهم شيء وخالفه سعيد بن جبير ثم لحقه فقال يا ابا عبد الرحمن
القول ما قلت فعلم بان الحسن خالفه ولم يبال الحسن وافقه ومراده نفي الهدي
اما قضاء الحج والتحلل بالعمرة فاتفاق ولعل طاوسا قصد ان الحج
لم يصح ويحمل ابن عمر على الاستحباب ولنا حديث ابن عمر وابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل
بعمرة وعليه الحج من قابل روى الحديثين الدارقطني وقال في حديث ابن
عمر محمد بن مصعب ضعيف ولم يتكلم في رواية حديث ابن عباس ولو
كان فيهم شيء لم يسكت عنهم مع تضعيفه وقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما يجب على من فاته الحج ولم يذكر الهدي فلو كان واجبا لما ترك ذكره ولا يجوز
ايجابه بالرأي وقد ذكرنا اضطراب ابن عمر رضي الله عنه ولا حجة
فيه ولان الهدي لو وجب للفوات لوجب على المحصر هديان هدي
للفوات وهدي للاحصار ولا يقولون به ومالك لم يوجب الهدي
المحصر اصلا مع خوف الفوات في حقه وقال في المبسوط والبدائع وهو
قول عمر وزيد بن ثابت ولان المحرم حرم الطيب عليه ذلك لان الهدي
جزاء شيء والجبر والواجب على من فاته الحج الحج من قابل وذلك جزاؤه
ومع انه يجمع عليه كفارتان في فعل واحد فيلزمه هدي وقضاء لان الهدي
بدل عنه بخلاف المحصر انه لا سبيل له الا الطواف كيف يتحلل به
والمحرم لا يتحلل الا بطواف او هدي وقد تحلل بالطواف ولا يجب عليه الهدي
لحصول التحلل بالطواف ولم يصدر من فائت الحج جناية ليجب بها عليه

هدي وفي الاشراف لابن المنذر لعمر وزيد بن ثابت وابن عمر من فاته الحج
يطوف ويسعى ويحلق وعليه الحج من قابل والهدي وبه قال الثوري والشافعي
واحمد واسحق وابو ثور وقال ابن عباس يحل بعمرة ولا حج عليه وبه قال عطا
وقال صاحب الكتاب ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج
منه الا باداء احد النسكين كما في احرام المبهم وفي البدائع لو احرم بشي
ولم ينو حجة او عمرة ولذا لو لبى بحجة او عمرة وهو مبهم او احرم كاحرام زيد
فاذا عجز عن الحج بالفوات تعينت عليه العمرة كما لو احرم بشي ثم احصر
تعين عليه العمرة وقد ذكرناه في باب الاحصار وفي المحيط العمرة من الحج
بمنزلة التطوع من المكتوبة في باب الصلوة ولو خرج وقت الجمعة وهو فيها
تحلل من غير سهاه لتطوع فكذا هذا ولان افعال العمرة في حقه التحلل بمنزلة
الدم للمحصر ولا يلزمه دم اخر ولو لم ينو العمرة وبقي على احرامه ونوى
القضا في السنة الثانية لا يجزيه عندنا ولذا لو حج به في القابل من غير
نية القضا لان العمرة صارت مستحقة شرعا فلا يملك صرف احرامه
الى حجة فان اضاف اليها عمرة اخرى يرفضها لئلا يصير جامعا بين عمرتين
فعلا وفي المنتقى لو فاته الحج ثم قضاه من قابل ثم افسد القضا لم يكن
عليه الا قضا حجة واحدة كما لو افسد فصار محصرا ونحوه فيه فان فاته
الحج وجب عليه عمرتان فجامع قبل ان يطوف لواحد منهما فعليه ان يمضي
في عمرتين وعليه دم لجماعه وقضا العمرة لانه افسدها بالجماع ولا يجب قضا
العمرة ثم يطوف طوافا اخر لفوات الحج ويسعى ويحلق ويسقط عنه دم القران
لعدم كمال الحج وفي المبسوط انه كان طاف وسعى لعمرته قبل ذلك طاف وسعى
للفوات ثم يحتسب بطواف القدوم لانه سنة فلا يتحلل به وان كان لم
يطف لعمرته ولا سعى لها طوف لها الان وسعى وعند بعضهم الا انه
عليه دم القران ودم الفوات ويقضي قابلا قال الكرماني عن الشافعي
ثم يخرج شاة ثالثة للقران كذا ذكره في الشارح والعجب انهم يقولون القران
نقص يجبر بالدم فاذا فات او افسد لا يجزيه الافراد مع انه يخلو عن الفايت

ولم يوجب الدم في الفوات بلا دليل ويسقط عن المحصر ونص القران يوجبه
وذكر ابن المنذر انه يهدي هديين هديا للفوات وهديا للقران عند الثوري والشافعي
وابي ثور ويخرج من احرامه بعمل عمرة وقال الثوري يطوف ويسعى لعمرته
ولا يحلق حتى يطوف لحجته وعليه حجة من قابل ويريق دما وفي الذخيرة
لو فاته حج مفردا او افسد حجا مفردا وفعله قارنا لا يجزيه ولا تمتع
ففاته الحج قال ابن القاسم يسقط عنه دم المتعة لقولنا في المبسوط وان
فاته الحج وهو متمتع بطل تمتعه ويصنع بهديه ما شاء ان كان ساق هديا
وكذا القارن ولذا لو لم يفت لكنه جامع وفي المبسوط لو احرم بحجة ونوى
به قضا الفايت اي هي ولا يلزمه بالنذر شي لانه تحصيل الحاصل
واستشهد به على بقا احرام الحج بعد الفوات ولو احرمت امراة بعمرة فوصلت
الى مكة وهي تريد الحج بعدها او وصلتا لها وهي قارنة فحاضت قبل الطواف
لعمرتها او نفست فخافت فوت الحج رفضت عمرتها وخرجت الى عرفات ومضت
في حجها ويسقط عنها دم القران كما تقدم ان كانت قارنة وعليها دم لرفض
العمرة وقضاوها ولا تطوف للزيارة حتى تطهر ولا شي عليها للتاخير للعذر
وليس على فايت الحج طواف الصدر ولذا للافقي اذا اتخذ مكة دارا قبل النفر
الاول فلا يسقط عنه وقال ابو يوسف يسقط الا ان يتخذها دارا بعد
ما شرع في الطواف وفي البدائع لا يجب عمرة بفساد الحج بل يمضي فيه
ويقضي ولا يفوت الا بفوات الوقوف بعرفة وفي المغني يمضي على فاسد
الحج ولا يفسد الحج الا بالجماع بالاجماع وعند الظاهرية يبطل بكل معصية
وقد تقدم وروي مذهبنا في المضي في فاسده عن عمر بن الخطاب وعلي
ابن ابي طالب وابي هريرة وابن عباس وبه قال الشافعي وابن حنبل وقال الحسن
ومالك تجعل الحج عمرة ولا يقيم على حجه فاسدا وقال داود ولا شي عليه والله اعلم

باب العمرة في المحيط والذخيرة الملتقطة

العمرة لغة الزيارة يقال اعتمر فلان فلانا اذا زاره وفي الشريعة زيارة
البيت على وجه مخصوص قيل سميت عمرة لانها تفعل في العمر كله وقيل لانها

تفعل في الموضع العام وقوله والعمرة لا تفوت لأنها غير موقتة
وعليه الإجماع وهي جائزة في السنة كلها من غير كراهة إلا في
خمسة أيام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق
هكذا في عامة نسخ الأصحاب وفي السابع يكره فعلها يوم الفطر
ويوم النحر وأيام التشريق ولم يذكر عرفة وذكر مكانه يوم الفطر
ولعله سهو من الكاتب وعن أبي يوسف في رواية لا يكره في يوم
عرفة قبل الزوال وفي الحجة والغنية يكره في خمسة أيام إلا إذا
قصد القران أو التمتع بل فعلها فيها حينئذ أفضل في حق الآفاقي وفي
المنافع يكره فعلها أي إنشاء الإحرام فعلها وأداؤها أما إذا كان قارنا
يجوز فعلها قبل الزوال يوم عرفة وقضاء الحج يتمكن من فعلها في
سائر أيام الرمي لأنه لا يشتغل فيها بالرمي وفي المدونة يجوز العمرة
في السنة كلها إلا للحاج حتى تغيب الشمس آخر أيام الرمي وقال
ابن القاسم إن أحرم في أيام الرمي لا يلزمه وقال الشافعي وابن حنبل
وآخرون لا يلزمه شيء من الأوقات وجه من لم يكره الكراهة
في السنة كلها الإطلاقات ولنا ما روي عن عائشة رضي الله
عنها أنها قالت حلت العمرة في السنة كلها إلا في أربعة أيام يوم عرفة
ويوم النحر ويومان بعده رواه أبو ذر الهروي وعن ابن عباس رضي
الله عنهما لا تعتمر في خمسة أيام واعتمر قبلها وبعدها ما شئت
ذكره المحب الطبري في مناسكه وعن طاوس إذا مضت أيام التشريق
فاعتمروا إلى القابل رواه سعيد بن منصور ولأن هذه الأيام أيام الحج
فكانت متعينة له فلا يشتغل فيها بغيره ولو أداها في هذه الأيام
صح ولذا لو أنشأ إحرامها فيها وأداها فيها جاز لأن الكراهة لغيرها
وهو تعظيم أمر الحج وتخليص الوقت له فلا يمنع صحة المشروع فيها
وأداها والحج لا يفعل في السنة إلا مرة واحدة وعليه الإجماع وأما
العمرة فيستحب الإكثار منها وعليه الجمهور منهم الشافعي وابن حنبل

والظاهرية قال ابن حزم وبه نأخذ ومن الصحابة علي بن أبي طالب وابن
عمر وابن عباس وأنس وعائشة ومن التابعين عكرمة وعطاء وطاوس
ذكر ذلك ابن المنذر في الإشراف وابن حزم في المحلى ويدل على فضلها قوله
عليه السلام العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما والحج المبرور ليس له جزاء
إلا الجنة أخرجاه في الصحيحين وقال عليه السلام تابعوا بين الحج والعمرة
فإنهما ينفيان الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث الحديد والفضة
والذهب وليس للحجة المبرورة ثواب إلا الجنة قال الترمذي حديث
حسن صحيح رواه أيضا أبو حاتم في صحيحه من رواية ابن مسعود
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عائشة رضي الله عنها من مات
حاجا أو معتمرا لم يعرض ولم يحاسب وقيل له ادخل الجنة رواه
الدارقطني وابو ام الداري وعن ابن عمر أن عمر بن الخطاب استأذن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في العمرة فأذن له وقال لا تنسنا من دعائك
وأشركنا في دعائك خرجه أبو ذر الهروي وقال مالك لا يعتمر في السنة
إلا مرة فإن اعتمر بعدها لزمته ذكره في الذخيرة المالكية وفي المحلى
عن سعيد بن جبير والحسن بن أبي الحسن البصري ومحمد بن سيرين
وإبراهيم النخعي كراهة العمرة الزائدة على مرة في السنة وهو قول
مالك وفي الكرماني والبدائع قال مالك لا تجوز في السنة إلا عمرة واحدة
كالحج والصواب عنه ما ذكره في الذخيرة والمحلى إلا كالحج وروي عن
علي في كل شهر عمرة رواه عنه سعيد بن منصور وابن حزم في المحلى
وعن ابن عمر أنه اعتمر في عام واحد عمرتين رواه ابن حزم في المحلى وعن
عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها اعتمرت ثلاث عمر في عام واحد
قال ابن حزم وروينا عن طاوس إذا مضت أيام التشريق فاعتمر ما شئت
وعن علقمة اعتمر متى أمكنك الموسى وعن عطاء إن شاء اعتمر في الشهر
مرتين وعن أنس رضي الله عنه أنه أقام بمكة فكان كلما حمم رأسه خرج
فاعتمر رواه ابن حزم والمحب الطبري وقال يروى بالحاء المهملة أي اسود

وصحح الحلق قال ومن الرواة من يرويه بالمعجمة من الجهر قلت وينبغي
له ان يقول بالحاء اذ المعجمة والمهملة انما يذكران فيما يلتبس في الخط احتج
من كره ذلك بان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعتمر في عام الا عمرة واحدة
قال ابن حزم لا حجة لهم في هذا وانما يكره ما حض على تركه وهو عليه السلام
ما حج مذ هاجر الا حجة واحدة ولا اعتمر مذ هاجر الا اربع عمر وعمرة مع
حجة فيلزمهم ان يكرهوا الحج الا مرة واحدة في العمر قلت روى جابر
انه عليه السلام حج ثلاث حجج حجتين قبل الهجرة وحجة معها عمرة وساق
ثلاثا وستين بدنة لكن ضعفه الترمذي وذكر ان البخاري قال انه
مرسل عن مجاهد وذكر الحديث الصحيح عن انس عليه السلام حج حجة
واحدة واعتمر اربع عمر في ذي القعدة وعمرة الحديبية وعمرة الجعرانة
وعمرة مع حجته وروى ابن عمر انه عليه السلام اعتمر اربع عمر احداها في رجب
وانكرتها عائشة قال ابو بكر بن العربي في العارضة وانكارها صحيح
وانما هي عمرة الحديبية المصدود عنها وعمرة القضا وعمرة الجعرانة
وعمرة مع حجته وقد ذكرنا ذلك في باب القران والجعرانة بسكون
العين وقد تكسر وتشدد الراء وهي موضع بقرب مكة يحرم منه اهل
مكة كل ليلة في سبعة عشر من ذي القعدة وسمي باسم امراة كانت تلقب
بالجعرانة وهي ارطة بنت سعد بن عبد مناف وقيل هي التي نقضت
غزلها من بعد قوة وهي امراة من قريش ذكره الطبري وقال ابن حزم
ويلزمهم ان يكرهوا العمرة الا مرة في العمر والدهر وهو خلاف
قولهم وقد حض النبي عليه السلام عليها واخبر انها تكفر ما بينها وبين
العمرة الثانية ويكثر الطاعة والعبادة والخير مطلوب قال الله تعالى
وافعلوا الخير قوله والعمرة سنة وفي المنافع اي سنة مؤكدة
وفي المبسوط والمحيط وشرح مختصر الكرخي والرماني هي سنة وفي البدائع
اختلف اصحابنا فيها منهم من قال انها واجبة كصدقة الفطر والاضحية
والوتر ومنهم من اطلق عليها اسم السنة وهي لا تنافي الوجوب وفي التحفة

والعتبية اختلف المشايخ فيها هل هي سنة مؤكدة وقيل واجبة وقال في التحفة
وهما متقاربان وفي الذخيرة لا يوجد في كتب اصحابنا ان العمرة تطوع الا
في كتاب الحج وقال بعض المشايخ منهم محمد بن الفضل فرض كفاية ذكره في
المنافع وبقولنا قال الشعبي والنخعي ومالك وابو ثور وهو مذهب ابن مسعود
رضي الله عنه ومنهم من قال العمرة تطوع وبه قال الشافعي بقول بغداد
ثم قال بمصر هي فريضة كالحج وهو الذي يقول به قال ابن حنبل وابن حبيب
وابو بكر بن الجهم من المالكية ويروى عن ابن عمر وابن عباس ذكر ذلك
ابو بكر بن المنذر في الاشراف وقال هو قول عطاء وطاوس ومجاهد
والحسن وابن سيرين وابن جبير ومسروق واسحاق استدل من قال انها
فرض كالحج بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وجه التمسك بالاية ان
الله تعالى قد عطف العمرة على الحج وامر بهما والامر للوجوب وروي عن
رجل من بني عامر قال يا رسول الله ان ابي شيخ كبير لا يستطيع الحج
والعمرة ولا الظعن قال حج عن ابيك واعتمر اخرجه ابو داود والترمذي
وقال حديث حسن صحيح وقال احمد لا اعرف حديثا اجود من هذا في ايجاب
العمرة ولا اصح منه وروي حديثا اخر من طريق ابن لهيعة عن عطاء
عن جابر ان النبي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الحج والعمرة فريضتان واجبتان
لا يضرك بايهما بدأت وعن ابن عمر ليس احد الا وعليه حجة وعمرة وقال
ابن عباس انها لقرينتها في كتاب الله واتموا الحج والعمرة لله رواهما البخاري
في صحيحه وروى نحوهما ابن حزم عن عمر بن الخطاب ايضا واختلف
المالكية في وجه الاستدلال على هذه المسالة فمعظم العراقيين والاندلسيون
من اهل خراسان عولوا على الظواهر وبعض العراقيين واهل مرو
وسمرقند واصبهان عولوا على المعاني قال ابو بكر وحين تلقفنا
كلامهم ووعينا مرامهم ابرزنا نكتة واستقينا عصبه وذلك ان الاصل
براءة الذمة وفراغ الساحة وطريق اشتغالها بفرض الشرع وليس
فيه دليل على فرض العمرة كالحج ويقوى هذا الاصل بقوله سبحانه ولله

على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا فقد فرض الحج على المستطيع
اليه سبيلا ولم يذكر العمرة فدل على سقوطها وعدم فرضيتها وقال ابو
عمر بن عبد البر حافظ المغرب ان الله سبحانه لم يوجب العمرة بنص
ولا اوجبها رسول الله صلى الله عليه وسلم في باب الفعل ولا اجمع المسلمون على
فرضيتها والفرض لا يثبت الا من هذه الوجوه وقد ثبت في الصحيح انه عليه السلام
قال بني الاسلام على خمس وذكر منها حج البيت ولم يذكر العمرة فلو كانت فرضا
كالحج لذكرها فسقط قول من ادعى انها فريضة وعن جابر بن عبد الله
قال اتى اعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اخبرني عن العمرة
اواجبة هي فقال عليه السلام لا وان تعتمر خير لك قال الترمذي حديث حسن صحيح
في رواية الكرخي لكتاب الترمذي وفي رواية غيره حسن قلت الرواية
من العدول مقبولة عندهم والحسن حجة وفي طريقه الحجاج بن ارطاة
رواه احمد بن حنبل ايضا وعن ابي صالح ماهان الحنفي عن ابي هريرة عن
النبي عليه السلام الحج جهاد والعمرة تطوع وفي طريقه عبد الباقي بن قانع
قال ابن حزم اتفق اصحاب الحديث على تركه وهو راوي كل بلية ولذلك قال
الحافظ قاضي القضاة تقي الدين بن دقيق العيد عبد الباقي بن قانع من كبار
الحفاظ والى عنه الدارقطني وظهر كذب ابن حزم في قوله اتفق اهل
الحديث على تركه مع انه لم ينفرد به وقد اخرجه ابن ماجه عن هشام
ابن عمار عن الحسن بن علي الحسني عن عمر فخرج ابن قانع عن العمله هذا
في الامام واما ابو صالح ماهان الحنفي فروى عنه جماعة منهم مسلم امير ووثقه
يحيى بن معين ولم يذكر ابن ابي حاتم فيه جرحا لاحد وعن سعيد بن جبير
عن ابن عباس عن النبي عليه السلام الحج جهاد والعمرة تطوع ذكره في
الامام وقال ابن عباس ايضا الحج عرفات والعمرة تطوع ذكره الطرطوشي
وعن ابي امامة الباهلي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
من مشى الى مكتوبة فاجره كاجر الحاج ومن مشى الى الضحى فاجره كاجر
المعتمر حديث اخر من رواية جعفر بن غيلان عن مكحول عن ابي امامة الباهلي

عن النبي عليه السلام قال من مشى الى صلوة مكتوبة فهي كحجة ومن مشى الى صلوة
تطوع فهي كعمرة تامة اعترض ابن حزم من وجهين احدهما ان حفص بن غيلان
مجهول والثاني ان مكحولا لم يسمع من ابي امامة شيئا قال صاحب الامام قوله
حفص بن غيلان مجهول غير صحيح فانه ابو معبد مشهور بالشام ذكر هذه الاحاديث
في الامام واما المعاني فلان العمرة تضم الى الحج وتفرد به فلو كانت فرضا لما اضيفت
الى غيرها وجعلت تبعا كالصلاتين المفروضتين وكلام اهل ما وراء النهر
ان الحج عبادة حيث تتعلق بالبيت ولا يتكرر ايجابها مع اتحاد سببها بخلاف
الصلوات الخمس وصوم رمضان فانها تتكرر بتكرر اوقاتها وهذا الفقه
هو ان الله سبحانه علق اوامره باسباب ربطها العبادات وجعلها
علما وميقاتا للوجوب فتكررت بتكرر اسبابها واعلامها وقد وجدت
عبادة تتعلق بالبيت وهو الحج ولا يدخلها شيء من غير تكرر السبب
ولانهم قد قالوا دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولهذا المفرد للحج يطوف
عندهم طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا ويطوف القارن بين الحج والعمرة
لذلك ولا معنى حينئذ لافراد العمرة بالفرضية لحصول الاكتفاء بالحج
عنها وجه اخر ان العمرة نسك غير موقت فلم يكن فرضا كالاعتكاف
الا بالشروع فيها او النذر بها ووجه اخر ان افعال العمرة يتحلل بها من احرام
الحج كالفائت فائت الحج فلو كان فرضا كالحج لما تحلل من احرامه بافعالها كالصلاتين
لا يتحلل من احرام احداهما بالاخرى ووجه اخر لو كان فرضا لما ادى بنية
غيرها على اصلهم فان المحرم بالحج عندهم في غير اشهر الحج ينقلب عمرة ويؤدي
باحرام الحج والجواب عن الاية وهي عندهم من وجوه ثلاثة احدها
ان عمر وعليا وابن مسعود وسعيد بن جبير وطاوس رضي الله عنهم
قالوا اتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك فجعلوا اتمامهما تقديم الاحرام
بهما على المواقيت المعروفة لا فرض العبادة بهما انه سبحانه امر باتمامهما
والاتمام انما يكون بعد الشروع في العبادة ولم يوجب الابتداء بها وخلافهم
في وجوب الابتداء لا في وجوب الاتمام بعد الشروع ونحن نقول به والاية

لا تدل على مدعاهم وقال ابن القصار استدلالهم بهذه الآية غلط لأن من أراد
أن يأتي بالسنة فواجب عليه أن يأتي بها تامة كمن أراد أن يصلي تطوعا
يجب عليه أن يكون على طهارة ويأتي بها بتمام الأركان والشروط وكذا من أراد
أن يصوم تطوعا يجب عليه أن ينوي كما ينوي في الفرض وكذا من نذر صلاة فقد
أوجبها على نفسه وإن لم تكن واجبة في الأصل فإذا دخل فيها تحتم عليه
إتمامها كالنذر وما قالوه يبطل بالعمرة تابعة وبالنية يجب إتمامها والمضي
فيها وفي فاسدها وإن لم تكن واجبة في الأصل وفي البدائع إتمام الشيء
لا يكون إلا بعد الشروع فيه وقرئ والعمرة لله بالرفع وهي بمنزلة
الخبر المرفوع أي ليست للأصنام كما كانوا يجعلونها لها و[illegible]
أن ذلك استدلال على فرضيتها بالقران وهو استدلال ضعيف لا
معول عليه وفي المغني عن ابن عباس أنه قال يا أهل مكة ليس عليكم
عمرة وإنما عمرتكم طوافكم ومثله عن عطاء وطاووس وكذا عن ابن حنبل
وهذا يرد فرضية العمرة لوجهين أحدهما أن العمرة لو كانت فرضا لما سقطت
بالنقل لأن أحدا لا يوجب على أهل مكة طوافا فاسدا من غير حج وعمرة
الوجه الثاني أن السعي ركن في العمرة عندهم وسقط بلا بدل
فدل على نفلية العمرة ولذا يسقط بالقران وعند ابن حنبل رحمه الله في المتعة
ولذا بالقران في رواية عنه ولا حجة لهم في حديث العامري إذ لا دلالة
فيه على إيجاب العمرة لأنه صيغة أمر للولد بأن يحج عن أبيه ويعتمر لا
صيغة أمر بأن يحج ويعتمر عن نفسه وحجه وعمرته عن أبيه ليس بواجب
عليه إجماعا فلم يكن الأمر فيها للوجوب وفيه إشارة إلى عدم الوجوب
لأن من لا يستطيع الحج والعمرة لا يجبان عليه إلا بالإجماع ولا يلتفت إلى ابن حزم
الظاهري حيث أوجبها على غير المستطيع مخالفا لنص القرآن بخبر
الواحد المتروك الظاهر والجواب عن حديث جابر الذي خرجه ابن عدي
في كامله وهو قوله الحج والعمرة فريضتان واجبتان أنه من طريق عبد الله
ابن لهيعة المصري وحالته مكشوفة والعجب في احتجاجهم به مع علمهم بضعفه

وتركه وحديث عبد الحق قال الصحيح أنه من قول زيد بن ثابت قال ولا يصح
في هذا الباب إلا حديث أبي رزين في الأمر بها وقد ذكرنا الجواب عنه لعدم اتصال
سنده وقول ابن عمر معارض بقول ابن مسعود وقول ابن عباس مضطرب
كما ذكرنا والفرض لا يثبت إلا بدليل قطعي ولا يثبت مع الاختلاف والاضطراب
بخلاف الوجوب على أصلنا مع أن الباقي يحتاج إلى دليل قوي وهي
الطواف والسعي ثم وقد ذكرناه في باب التمتع أن السعي ركن فيها كالطواف
وهذا الحكم قد اختلف فيه المشايخ والسعي في المحيط والبدائع والخزانة
والمرغيناني والإسبيجابي والكرماني أن الركن فيها الطواف وأما السعي والحلق
فيها فواجب كالحج وهو الصحيح وهو قول ابن عباس والثوري وإسحاق
وفي التحفة والحسبة أركان العمرة شيئان الطواف والسعي والإحرام
شرط أدائها وهي كالحج وفي المرغيناني هو ركن فيها وأوجب الحسن
فيها طواف الصدر وفي الكرماني رواه عن أبي حنيفة وقد تقدم
أنه لا طواف صدر على المعتمر وفي المحيط لا حلق في العمرة عند مالك
قلت ذكر في الإيضاح من كتب المالكية أنه سنة فروع
تقديم الطواف على السعي شرط وبه قال مالك والشافعي وابن حنبل
وقال عطاء ليس بشرط وهو رواية عن ابن حنبل فإذا ترك أكثر الطواف
لا يجوز السعي حتى يعيد أو يكمل فإن أتى بأكثره ثم سعى لا يعيد سعيه
ويعيد الأقل من طوافه أو يجبر بدم ولا يجب لما حين طواف العمرة
وسعيها شيء ولا تأخير الحلق لأن فيها واسع ولو جامع قبل الطواف
أو قبل أكثره فسدت عمرته ويمضي فيها ويقضيها كالحج وعليه دم
وبعد ما طاف الأكثر لا يفسد وعليه دم وبعد الطواف قبل السعي
لا يفسد عمرته وقد تمت ويريق دما وبه قال الثوري وإسحاق وعند
الأئمة الثلاثة تفسد قبل الحلق وعليه بدنة عند الشافعي وتفسد
عمرته قبل التحلل وعن ابن حنبل عليه شاة كقولنا وفي المغني السعي
فرض وفي رواية ابن منصور والأثرم كقول مالك والشافعي وقال المروذي

والمعنوي وابو طالب انه مستحب لا يجب بتركه دم وروي ذلك عن ابن عباس
وابن الزبير وانس وابن سيرين واختار القاضي منهم انه واجب كالرمي
كقولنا وبه قال البصري والثوري قال ابن قدامة الحنبلي هذا اقرب الى
الحق ولو اصطاد خارج الحرم قبل الحلق او التقصير فعليه الجزا كالحج وقال
مالك وابو ثور لا شي عليه وحكى الثوري عن عطا انه لو لبس ثوبا قبل ان يقصر
فلا شي عليه وقال الثوري الدم احب الي تفضيل العمرة في شهر رمضان قال عليه
السلام لام سنان الانصارية عمرة في رمضان تعدل حجة او حجة معي متفق عليه

باب الحج عن الغير قوله الاصل

في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كان او صوما او صدقة
او غيرهما كالحج وقراءة القران والاذكار وزيارة قبور الانبيا والشهدا
والاوليا والصالحين وتكفين الموتى وجميع انواع البر والعبادة مالية كانت
كالزكاة والصدقة والعشور والكفارات ونحوها او بدنية كالصلوة
والصوم والاعتكاف وقراءة القران والذكر والدعا او مركبة منهما كالحج
والجهاد وفي البدايع جعل الجهاد من البدنيات وفي المبسوط جعل
المال في الحج شرطا لوجوبه فلم يكن الحج مركبا من البدن والمال قلت
وهو اقرب الى الصواب ولهذا لا يشترط المال في حق المكي اذا قدر على المشي
الى عرفات وفي قاضيخان الحج عبادة بدنية كالصوم والصلوة ويصل
اليه وينفع به ميتا كان المهدي اليه او حيا هذا في البدايع وفي منية
المفتي من حج عن غيره بغير امره يصل ثوابه اليه ولا يسقط عنه الحج
قال في الكتاب والبدايع وغيرهما هذا مذهب اهل السنة والجماعة قلت
وهو قول احمد بن حنبل وقال ابن مالك والشافعي يجوز هذا في الصدقة والعبادة
المالية وجوزه في الحج واذا قرا على القبر فللميت اجر المستمع ومنعا وصول
ثواب القران الى الموتى وثواب الصلوة والصوم وجميع الطاعات والعبادات
غير المالية ما رواه الدارقطني ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال كان لي ابوان ابرهما حال حياتهما فكيف لي ببرهما بعد وفاتهما فقال له

عليه السلام ان من البر بعد الموت ان تصلي لهما مع صلوتك وان تصوم لهما
مع صومك وعن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال من مر على المقابر وقرا قل هو الله احد احدى عشر مرة ثم وهب اجرها
للاموات اعطي من الاجر بعدد الاموات رواه الدارقطني وحصول
الاجر للمستمع للقراءة لا يفتقر الى هيئة القاري وروى ابو بكر صاحب
الخلال عن انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخل المقابر
فقرا سورة يس خفف عنهم يومئذ وكان له بعدد من فيها حسنات
وعن انس انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا
نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك اليهم قال نعم انه
ليصل اليهم ويفرحون به كما يفرح احدكم بالطبق اذا اهدي اليه رواه
ابو حفص العكبري وعن معقل بن يسار قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اقروا على موتاكم سورة يس رواه ابو داود وعنه عليه
السلام انه عليه السلام ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر
عن امته متفق عليه لن يجعل ثوابه لامته وهذا تعليم منه عليه
السلام ان الانسان يجوز ان ينفعه عمل غيره والتاسي برسول الله صلى
الله عليه وسلم هو العروة الوثقى وروى الحافظ اللالكائي في شرح
السنة عن ابي هريرة رضي الله عنه قال ليموت الرجل ويدع ولدا فيرفع
له درجة فيقول ما هذا يا رب فيقول سبحانه استغفار ولدك
لك وقال تعالى واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات وقال ويستغفرون
لمن في الارض ولذا استغفار نوح وابراهيم وذكر عبد الحق صاحب
الاحكام في العاقبة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الميت
في قبره كالغريق ينتظر دعوة تلحقه من ابيه او اخيه او صديق
له فاذا لحقته كان احب اليه من الدنيا وما فيها وهذا اشرع الدعا
للميت في صلوة الجنازة اجمعنا على شفاعة الانبيا والاوليا والمؤمنين
ودخول الجنة بشفاعتهم فكل ذلك عن ليس من عملهم وقال الله تعالى ما كان

للنبي والذين آمنوا أن يستغفروا للمشركين دل مفهوم ذلك أن استغفارهم
مفيد للمؤمنين وقال تعالى والذين جاؤوا من بعدهم يقولون ربنا
اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان دل أن هذا الدعاء ينفعهم
وفي العاقبة قال بشار بن غالب رأيت رابعة العدوية العابدة في المنام
وكنت كثير الدعاء لها فقالت يا بشار هداياك تأتينا في أطباق من نور
عليها مناديل الحرير وهكذا يا بشار دعاء الأحياء إذا دعوا لإخوانهم الموتى
فاستجيب لهم يقال هذه هدية فلان إليك قال بعض من يوثق به ماتت
لي امرأة فقرأت في بعض الليالي آيات من القرآن فأهديتها لها ودعوت
واستغفرت لها فلما كان في اليوم الثاني حدثتني امرأة أعرفها قالت لي
رأيت البارحة فلانة تعني الميتة المذكورة في مجلس حسن وقد أخرجت
لي طبقا من تحت سريرها في البيت وهي مملوءة نورا وبرقا قلت يا فلانة
ما هذه هدية أهداها صاحبي بيتي قالت قلت أعلمت أحدا بما أهديت وفيه
قال أبو ولاية عبد الله بن زيد أكرمني لما أتى الكرخي رضي الله عنه أقبلت
من الشام إلى البصرة فمررت على مقابر ووضعت رأسي على قبر
فنمت فإذا صاحب القبر في المنام قد وقف بي ثم قال جزاك الله أهل
الدنيا خيرا فإنه لا يزال يدخل علينا من دعائهم أمثال الجبال لو قال
حدثني من أثق به أنه قال رُويت ولابنه في النوم فقلت يا هذا امض
إلى بيتي فلانة لما علمها الصانعة ونسبتها وقل لها هذا من البران
اقعد مع النساء فيما بين الطرف والهدايا من عند بناتهن وأخواتهن وأطلع
أنا يمينا وشمالا رجاء أن يأتيني منها شيء فلا يأتيني فما أتى لحجله عند النسا
وقل لها أو لفلان عند الموضع كذا فإن فيه دنانير مدفونة تعمل لي
كذا وكذا قال فوجدت الدنانير كما قال قال والأخبار في هذا الباب كثير
وأما قوله تعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى فقد اختلف العلماء فيها على
ثمانية أقوال القول الأول أنها منسوخة بقوله تعالى والذين آمنوا
واتبعناهم ذرياتهم الا لحق الأبناء الجنة بصلاح الآباء قاله ابن عباس

والقول الثاني أنها خاصة بقوم إبراهيم وقوم موسى يعني في صحف موسى وإبراهيم
ألا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى للعطف فهذان في
صحفهما يخص بهما فأما هذه الأمة فلها ما سعت ولها ما سعى لها غيرها قاله
عكرمة تظهر بقوله تعالى في حق قوم نوح يغفر لكم من ذنوبكم ومن
للتبعيض هنا عند سيبويه لا زائدة للتوحيد عنده وفي حق هذه الأمة
قال الله تعالى إن الله يغفر الذنوب جميعا هكذا ذكره ابن الحاجب في شرح
مقدمته في النحو والقول الثالث أن المراد بالإنسان الكافر هنا وأما
المؤمن فله ما سعى وما سعي له قاله الربيع بن أنس والقول الرابع أن
ليس للإنسان إلا ما سعى من طريق العدل فأما من طريق الفضل فله
ما سعى وجائز أن يزيده الله ما شاء بفضله قاله الحسين بن الفضل
والقول الخامس أن معنى ما سعى ما نوى قاله أبو بكر الوراق والقول
السادس أي ليس للإنسان الكافر من الخير إلا ما عمله في الدنيا فيثاب
عليه فيها حتى لا يبقى له في الآخرة خير ذكره الأستاذ أبو إسحاق
الثعلبي والقول السابع أن اللام بمعنى على أي ليس على الإنسان إلا ما
سعى كقوله تعالى وإن أسأتم فلها أي فعليها وكقوله تعالى ولهم اللعنة
والقول الثامن ليس له إلا سعيه غير أن الأسباب مختلفة فتارة يكون
سعيه في تحصيل الشيء بنفسه وتارة لتحصيل سببه كسعيه في تحصيل
ولد صديق يستغفر له وتارة يسعى في خدمة الدين والعبادة فيكتسب
محبة أهل الدين والصلاح فيكون ذلك سببا حصل بسعيه حكى هذين
القولين أبو الفرج بن الجوزي وقال أبو محمد في المحلى الدليل على أنها منسوخة
أنها مكية اتفاقا وقد أمر النبي عليه السلام في حجة الوداع بالحج عن الغير
في عدة أحاديث وقد اتفقنا على أن العاقلة تغرم المال ولم يصدر بهم قتل
ولا جناية ولم يعترضوا عليه بهذه الآية وليس هو إجماعا فإن عثمان البتي
لا يرى حمل العاقلة وهم يجيزون الصدقة عن الحي والميت والعتق عنهما
أوصى بذلك أو لم يوص وجوز الشافعي أن يصلي الحاج عن الغير ركعتي الطواف

والمالكية جوزت ان يجاهد الانسان عن غيره بماله ويوجبون على المكره
على الوطي في رمضان كفارتها على غيرها ومما يدل على هذا ان المسلمين
مجمعون في كل عصر ومكان ويقرؤن القران ويهدون ثوابه لموتاهم وعلى
هذا اهل الصلاح والديانة من كل مذهب من المالكية والشافعية وغيرهما
ولا ينكر ذلك منكر فكان اجماعا واما قوله عليه السلم اذا مات ابن ادم انقطع
عمله الا من ثلث فلا يدل انقطاع عمله عنه ان ينقطع عمل غيره عنه وهذا
اجمعنا على وصول الحج والصدقة اليه وقضاء الدين عنه وقال عليه السلم
الان بردت جلدته ثم ان حقيقة الوصول لا فرق في نقله بين ان يكون ثواب حج
او صدقة او وقف او صلاة او صوم او استغفار او قراءة القران او قضاء
دين او غير ذلك من الاعمال والطاعات فقدرة الله تعالى صالحة للكل
من غير فرق بين ثواب وثواب لمن انصف ودعوى الفرق تحكم وظاهر
الاحاديث التي ذكرناها تدل دلالة ظاهرة على ذلك وحديث ابن عباس
في الصحيحين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقبرين فقال انهما
ليعذبان وما يعذبان في كبير اما احدهما فكان لا يستتر من البول واما
الاخر فكان يمشي بالنميمة فاخذ جريدة رطبة فشقها نصفين فغرز في كل
قبر واحدة فقالوا يا رسول الله لم فعلت هذا فقال لعله يخفف عنهما ما لم
ييبسا قال الخطابي هذا عند اهل العلم محمول على ان الاشيا ما دامت
على اصل خلقتها او خضرتها وطراوتها تسبح الله تعالى حتى تجف رطوبتها
وتحول خضرتها او تقطع من اصلها فان ذلك بمنزلة موتها واذا خفف
عن الميت بوضعه عليه السلم الجريدة فبطريق الاولى ان يكون ذلك
بالقران الذي جا به من عند الله سبحانه وتعالى ويؤيده حديث
عائشة رضي الله عنها انه عليه السلم قال ما من مصيبة تصيب المسلم
الا كفر الله بها عنه حتى الشوكة يشاكها متفق عليه ولا صنو له في ذلك
وقالت الشافعية انما اوجب الصبر وهو منه قلنا هذا مردود بلغ
بقوله كفر الله بها والضمير للمصيبة وحديث ابي سعيد ما يصيب المؤمن

وصب ولا نصب ولا سقم ولا اذى حتى الهم يهمه الا كفر الله به من خطاياه
متفق عليه وفي المنتقى قال عليه السلم لعمرو بن العاص اما ابوك لو اقر
بالتوحيد فصمت وتصدقت عنه نفعه ذلك رواه احمد وعن ابي هريرة
رضي الله عنه ان رجلا قال للنبي عليه السلم ان ابي مات ولم يوص افينفعه
ان اتصدق عنه قال نعم رواه مسلم ثم اتفق ارباب المذاهب ان الصحيح
لا يستنيب في فرض الحج وفي المحيط اذا قدر على الحج ببدنه لم يجز له ان يحج
عنه غيره لان الحج عبادة بدنية والمطلوب منها قهر النفس باللوم واتعاب
البدن ولا يحصل ذلك بغيره واما من حج عن العاجز وكان عجزه لا يزول
كالعمى والزمانة والا فلا جاز حجه عنه وعن المريض والمحبوس ان
دام مرضه وحبسه الى الممات ايضا وان زال لا يجزيه وكذا في المبسوط
والذخيرة وعن ابي يوسف ان برا بعد فراغه من الحج جاز ولا اعادة
عليه وهو قول ابن حنبل واسحق والمراة اذا حججت بعد ما عدم المحرم
ودام العدم جاز كالمريض يحكى عن ابي حمد بن الفضل وفي المبسوط المذهب
عندنا ان المعضوب والمقعد والزمن لا يجب عليهم الحج باعتبار ملك المال
وهو مذهب مالك وروى مثله عكرمة عن ابن عباس وهو قول الضحاك وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجب وبه قال الشافعي والظاهرية واتفق الاصحاب
الميت وفي نحوهم على انه لا يسقط بعد وجوبه بهذه العوارض وقال الشافعي يجوز النيابة
في موضعين في حق من لا يستطيع ان يثبت على الراحلة الا بمشقة غير
معتادة بسبب العجز الى الممات ذكره النواوي وقال عياض استمرار العجز
قول جمهور العلما قال القرطبي المعضوب الهرم الذي لا يقدر على النهوض
قال الخليل كانه لوي لنا احتج الشافعي والظاهرية ان امراة من خثعم قالت
يا رسول الله ان فريضة الله في الحج على عباده ادركت ابي شيخا كبيرا لا يثبت
على الراحلة افاحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع في حديث ابن عباس
متفق عليه وفي حديث ابي رزين العقيلي واسمه لقيط بن عامر وفيه حج عن
رواه ح ابيك واعتمر ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح

وقد تقدم في باب العمرة وعن علي رضي الله عنه ان جارية شابة استفتت رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابي شيخ كبير وقد ادركته فريضة الله في الحج
فهل يجزي عنه ان اودي عنه قال نعم ادي عن ابيك رواه احمد والترمذي وقال
حديث حسن صحيح وعن عبد الله بن الزبير قال جاء رجل من خثعم الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال ان ابي ادركه الاسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع
ركوب الرحل والحج مكتوب عليه افاحج عنه قال انت اكبر ولده قال نعم قال ارايت لو كان الرحل ع
على ابيك دين فقضيته عنه اكان يجزي ذلك عنه قال نعم قال فاحجج عنه رواه احمد
والنسائي قال النواوي باسناد جيد ولنا ان الله سبحانه اوجب الحج
على من استطاع اليه سبيلا بنص القران ولم يكلف العاجز فقط والشافعي
لم توجبه على الصحيح الذي لا يجد الزاد والراحلة فكيف توجبه
على العاجز المقطوع الرجلين وفي المبسوط وله مشرع في بذل هذه
الطاعة ولهذا لو لم يشرع لا يأثم فلا يجب على الاب ولا يكون تبرعه
موجبا الحج على الاب كغير الولد الا ترى انه لو بذل له ما لا يلزمه في
الصحيح ولا يجب عليه احتماله فلان لا يستدل بالطاعة بل اولى فان الانسان
لا يحرج في المال ويحرج في الطاعة في الصحيح ذكره النواوي والجواب
عن حديث الخثعمية من سبعة اوجه الوجه الاول انه خبر واحد
خالف الادلة القطعية في سقوط التكليف عن العاجز قال القرطبي
والحديث اذا خالف القواطع من الادلة يؤول او يرد اذا لم يمكن تاويله الوجه
الثاني حمل الوجوب على المعنى الذي يقوله الشافعي في وجوب في ماله بالاجارة
والحديث لا يدل عليه وما دل عليه لم يقل به هو ولا نحن والوجه
الثالث انه عليه السلام شبهه بديون العباد ولا يلزم الولد قضاء
دينه اذا لم يترك مالا فكذا لا يلزمه الحج والوجه الرابع لا خلاف ان دين
الادميين يقدم لحاجته وحق الله سبحانه وعدم حاجته وانما التكليف
لامتثال الامر لا للنفع والضرر والوجه الخامس قولها ادركته لا
يدل على وجوبها عليه وانما معناها نزلت الاية في الحج ولي شيخ كبير والوجه

السادس لعلها ان اباها وهمت ان اباها دخل في الفرض مع الناس غير انه
لا يقدر عليها بنفسه والوجه السابع ان معنى الحديث وفائدته
حصول الثواب والاجر للوالدين وبرهما والحث على ايصال الثواب اليهما
وجاء ايضا ان الخثعمية ذكرت ان يحج وما ثبت افاحج عنها الحديث ونحو ما
ذكرناه حديث عبد الرزاق عن الثوري عن الشيباني عن يزيد بن الاصم
عن ابن عباس ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احج عن
ابي قال نعم ان لم يزده خيرا لم يزده شرا قال ابو عمر بن عبد البر ظاهر
اسناد هذا الحديث ظاهر جميل لان الشيباني ثقة وهو سليمان
ابن ابي سليمان وكذا يزيد بن الاصم ثقة وعبد الرزاق ثقة لكن انفرد
عن الثوري دون اصحابه مثل يحيى بن سعيد القطان وابن مهدي وابن
المبارك ووكيع وابي نعيم وغيرهم البزار ونحوهم قلت راينا هم يقولون
الزيادة من العدل مقبولة اذا وافقت مذهبهم واذا خالفته يردونها
بالانفراد عن الجماعة والذي عليه مذهب الشافعي انها مقبولة كم
عند الشافعي لو حج عنه بغير امره وهو قوله لا يجزيه وليس الدين كذلك فلم يكن
يشبه الدين وفي الذخيرة المالكية ان الحج لم يجب على ابيها والمراد
به انتفاع ابيها بالدعاء والنفقة في طريق الحج وحصول الثواب له وفي الذخيرة
الحنفية هذا الفرض وفي المبسوط لو امر رجلا ان يحج عنه تطوعا فله
ثواب النفقة في طريق الحج وهذا اتفاق قال لان الحديث انما ورد في
الفرض وفي المبسوط وذخيرة ايضا والحج بدلا وهو صحيح اجزاءه عن التطوع
ما لا لا بفرضه بما ذكر جاله العذر بالاجماع في حق الميت يجوز نفله كالصلوة
النفل فيما عدا او راكبا وفي الكتاب لا ان باب النفل اوسع قال القرافي
في الذخيرة المذهب كراهية النيابة في النفل وذكر النواوي في شرحه ان
النيابة في حج النفل قولين والصحيح جوازها واما النيابة في الحج النفل
فلا يجوز عن الصحيح بلا خلاف ولا عن ميت بلا وصية وهل يجوز عن
الميت بالوصية او عن معضوب استاجر من يحج عنه فيه قولان الجواز قول

الائمة الثلثة وقاله ابو ثور وفي القضا والمنذور يجوز عن المغصوب
والميت بلا خلاف وقول هم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج
عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فان النبي
عليه السلم قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج تطوعا
ولا يجزيه عن حجة الاسلام لانه نواها عن غيره كذا في المحيط
وفي الذخيرة عبارة بعضهم من اصحابنا ان الحج يقع عن المامور وللامر
ثواب النفقة وبه كان يقول شيخ الاسلام خواهرزاده ويسقط عن
الامر لاقامة الانفاق في طريقه مقام الادا عند العجز عنه وبه
قال مالك ولا يجوز النيابة عنده وعامة بعضهم ان الحج يقع عن الامر
وبه كان يقول شمس الائمة السرخسي قال وهو الصحيح وفي البدايع
ذكر في الاصل ان الحج يقع عن المحجوج عنه وروي عن محمد انه يقع عن
الحاج نفلا وللمحجوج عنه ثواب النفقة وفي الكرماني هذه رواية عن
محمد وفي قاضي خان هو اقرب الى الفقه وذكر في ادب المفتي ان الحج يقع
عن المامور ولو فاته يلزم القضا المامور دون المحجوج عنه وقوله
في الكتاب في حديث الخثعمية حجي عن ابيك واعتمري ومثله في المبسوط
فهو سهو وليس في حديث الخثعمية واعتمري وانما ذلك في حديث
رزين واسمه لقيط بن عامر وقد ذكرناه في باب العمرة في الذخيرة قال
ابن حنبل يحج عن الحي العاجز والميت الموصي فجوز ان يحج
بالولد وان لم يوص ويقضيها شبه الوصية بالحج من راس المال ان كان
صرورة وهو الذي لم يحج ماله ويسقط من الحج وقيل هي من الثلث
وهو لازما اليه وقد حكا لقولها لهم وحكى الاسبيجابي الحسن بن سيرين
والنخعي وحماد بن ابي سليمان وداود بن ابي هند وحميد الطويل وقال
النبي ومالك وابو ثور وابو هريرة وابن عباس من الصحابة يحج عن
الميت من ثلث ماله اذا اوصى بقول اصحابنا ويكون من ثلثه اذا كان
مثله بكفره وقال البصري وعطاء وطاوس والزهري والشافعي واسحاق

والعبد يحج

والعبد يحج من راس ماله من غير وصية لكن الشافعي قال يحج من ميقاته
وقال احمد من بلده او من حيث ايسر وانكر قول من قال يحج عنه من ميقاته
هو اي الحج الفرض وقال النخعي وابن وهب لا يحج احد عن احد كذا ذكره النواوي
وقد تقدمت المسالة في الزكاة ولا يجوز الاستيجار على الطاعات كالحج والاذان
والامامة وتعليم الحلال والحرام ولا على المعاصي وهو ظاهر الرواية عن
ابن حنبل وبه قال اسحق بن راهويه وجوز ذلك مشايخ بلخ واقوايه قال
الاسبيجابي وعدم الجواز كان في زمانه صلى الله عليه وسلم حين كان
حملة القران يعلمون لا وكان الواجب عليه التعليم على الفور تكلفا ولانه قد
ظهر التواني في الامور الدينية فمست الحاجة الى بذل الاجرة لعدم
من يفعل ذلك حسبة بغير اجرة وجوز مالك والشافعي وابن حنبل والمنذر
الاستيجار على الحج قياسا على بنا المساجد والمدارس والربط والقناطر
ويجوز الاستيجار على تعليم اللغة والادب والخط ذكره الاسبيجابي
وهذا اجماع وفي الفتاوى والعيون لا يجوز الاستيجار على غسل
الميت لانه حسبة وجوزوه على حفر القبر واختلفوا في حمل الميت
جوزه في العيون وفي الفتاوى ان لم يوجد غيره لا يجوز واصله ان ما
لا يصح فعله من الكافر لا يجوز الاستيجار عليه وما يصح منه يجوز
كبنا المساجد ونحوها وقد ذكرنا بعض ذلك في الجنايز ويأتي الكلام على ذلك
في الاجارات ان شا الله تعالى ولو استوجر للحج ودفع اليه الاجرة فحج عن
المستاجر عن الميت فله مقدار نفقة الطريق في الذهاب والاياب
في طعامه وشرابه وثيابه وركوبه وما لا بد له منه من غير اسراف
ولا تقتير وما فضل يرده على ورثته او وصيه الا اذا تبرع الوارث
عليه بتركه ولذا لو كان اوصى الميت له بما فضل منه وقال بعض المشايخ
لا يجوز لجهالة الموصى والاول اصح لانه يصير معلوما بالحج عنه ولذا لو
اوصى بان يشتري عبدا ويعتقه عنه ويصرف اليه مائة درهم
فانه يجوز وقال بعضهم لا يجوز وفي المحيط وعند بعضهم لا يجوز لجهالة ما

بلغ

يفضل قال والاصح الاول لانه يصير معلوما بالحج ولتـ جهالة الموصى به
عند الوصية لا يمنع كما لو اوصى بما يثمر نخله العام وبثلث ماله ولا مال
له فاكتسب مالا وفي المبسوط كل ما لا يستعين على الاجر فعله يجوز الاستيجار
عليه اذا كان يتحرى فيه النيابة فاذا لم يجز العقد بقي امر بالحج عنه
فكان ينفق ما ينفقه في ماله لانه لا يطرقه العوض كالقاضي والمفتي والمضارب
والعامل على الصدقات والمراة المحتبسة في منزل الزوج ثم الحاج عن
غيره ان شاء قال لبيك عن فلان وهو الافضل وان شاء اقتصر على النية
عنه وفي الذخيرة اتفقوا على الارزاق في الحج واختلفوا في الاجارة فمنعها
ابو حنيفة وابن حنبل وجوزها مالك والشافعي باجرة معلومة وللاعمال
انواع ثلاثة ما يجوز فيه الارزاق والاجارة كبناء المساجد ونحوها
وما يمتنع فيه الاجارة دون الارزاق كالقضاء والفتيا واختلف في جواز
الاجارة دون الارزاق كالامامة والاذان والاقامة والحج ومنع الشافعي
الاستيجار بالنفقة للجهالة وجوزه مالك بها كالظئر وفي النهاية ثم [illegible]
اذا بطل الاستيجار يكون للحاج نفقة طريقه فلو مات او احصر
بعدو او مرض او ضل الطريق فانفق على نفسه لا يلزمه ضمان النفقة
لانه كان باذنه ولم يفضل بردة ولا يدعو الى طعام ولا يتصدق وفي
الكرماني لا يدهن ولا يحتجم ولا يقرض احدا من دراهم النفقة ولا يصرفها
بدنانير ولا يشتري بها ماء الوضوء ولا يدخل بها الحمام ولا يدخل بها
الحمام ولا يشتري بها دهن السراج ولا يتداوى وفي بعض النسخ يشتري
بها دهن السراج ويعطي منها اجرة الحلاق وهو المختار وقال الفقيه ابو
الليث هذا كله اذا لم يوسع عليه الميت فان كان قد وسع في وصيته الحجامة
ودخول الحمام والتداوي وجعل الباقي صلة له من بعد رجوعه فلا باس
بذلك وفي الذخيرة ومن حج عن غيره ان كان ممن لا يخدم نفسه جاز له
ان ينفق على خادم من مال الميت وفي المحيط والذخيرة والاسبيجابي
والكرماني لو حج عن الميت لمراة حرة جاز وقد اساء وفي الذخيرة ويكره

وهي كراهة تنزيه وترك الاولى وقال الحسن بن حي لا يجوز حج المراة عن
الرجل ذكره ابن بطال عنه في شرح البخاري قال ابن المنذر هو غفلة ولا
اساءة فيه عند الائمة الثلاثة لحديث الخثعمية ولنا ان الرجل
يرمل في الطواف ويهرول في السعي ويرفع صوته بالتلبية ويحلق ويكشف
راسه ونحو ذلك وهذه كلها عبادات لا تاتي بها المراة فكان حج الرجل اتم واما
حديث الخثعمية فليس فيه شيء من ذلك ولا يلزمها غرامة المال
باحجاج الرجل فصار كصلاة الفذ في حق الرجل والمراة فانها مكروهة
في حق الرجل دون المراة اذا لم يكن معها غيرها من النساء ولذا الواجب عنه
عبدا او امة باذن سيدها جاز وقد اساء ولم يجوز ذلك الشافعي ومالك
والوجه فيه انهما ممن يصح منهما الحج عن انفسهما فكذا عن غيرهما
فان اقام بمكة خمسة عشر يوما او اكثر سقطت نفقته من مال الميت
وفي التحفة ان كانت الاقامة بعد الفراغ معتادة وزاد على العادة فهي في
ماله فاذا رجع لا يعود عند ابي يوسف ذكره الاسبيجابي وفي الذخيرة
يعود وعند محمد يعود وهو ظاهر الرواية وفي المنتقى ينقطع في حكم السفر
ويكون نفقته من مال نفسه ولذا لو خرج من مكة مسيرة سفر في حاجة
نفسه يكون نفقته في رجوعه في مال نفسه وان توطن بها سقطت
نفقته قال ابو الليث ثم اذا عاد لا يعود بالاتفاق وان كان لخروج القافلة
لا تسقط للضرورة لانه لا يمكنه الخروج بدون القافلة وفي الكرماني اذا
اقام من ثلاثة ايام بعد الحج فنفقته في ماله ان تيسر عليه الخروج وحده
وفي الينابيع قد كان بعض المتقدمين من مشايخنا يقول ان اقام بمكة
اكثر من ثلاثة ايام ينفق من مال نفسه وكان زماننا في زمانهم لقدرتهم على
الخروج ولو تعجل المامور الى مكة في رمضان يكون نفقته الى عشر الاضحى
من مال نفسه هكذا روى هشام عن محمد ولذا اذا دخل الخراساني بغداد
واقام بها مقدار ما يقيم الناس فالنفقة من مال الميت فان زاد فمن ماله
وفي التحفة والغنية وكلها روي الى ما قبل ذلك بيوم او يومين وفي النوازل

اخذ دراهم ليحج بها عن الميت فانفق بعضها قبل خروجه فلو كثر صار ضامنا
للمال وهو دين عليه فان حج كان ذلك عن نفسه ويحج الميت على حاله وفي
المبسوط وعين دفع المال ليحج به عن ميت فانفق منه ومن مال نفسه وكان
الاكثر من مال المستاجر يعني والا فهو ضامن والقليل عفو بالكثير للضرورة
لان الانسان قد يستصحب مع نفسه زادا او ثوبا ويشتري ماء من السقاء
ويدفع اليه من مال نفسه قال السرخسي وهذه المسئلة تدل على ان الحج يقع
عن الميت كانفاقه بنفسه لو كان حيا ويدل عليه الاحاديث التي قدمناها
ولو كان المستولي النفقة لا عبرة لما ضمن النفقة اذا انفق في الاكثر
الطريق من مال نفسه لان الثواب قد حصل له بما انفق من ماله قلت
ولكن انه لا يقتضي المخالفة لانه قد يقصد ان تكون النفقة من ماله
في جميع الطريق او في معظمه ولم يحصل ذلك ولو جامع المامور حتى فسد
حجه فهو ضامن للنفقة لاجل المخالف وعليه القضاء في الفاسد والقضاء
كالوكيل بالشرى اذا وافق كان مشتريا للامر وان خالف كان مشتريا
لنفسه ولانه نوى عن الميت فلو كان الحج يقع عن الحاج لما احتاج الى
النية عنه ولو قرن كان مخالفا عند ابي حنيفة وهو القياس وعندهما
لا يكون مخالفا وهو استحسان وجهه ان المامور اتى بما عليه وزاد
من جنسه كالوكيل بالبيع اذا باع باكثر مما سمي والقران افضل من الافراد
وابو حنيفة رضي الله عنه يقول امر بان يكون نفقته في جميع سفره
للحج خاصة فقد خالف حيث جمع الحج والعمرة كما لو تمتع وان كان التمتع
افضل من الافراد ولان العمرة التي زادها لم تقع للميت لانه لم يامر بها فكانه
نوى ان تكون العمرة لنفسه وهناك يصير مخالفا فكذا هنا وروى ابن
سماعة عن ابي يوسف ان نوى العمرة عن نفسه لا يكون مخالفا ولكن يرد
من النفقة حصة العمرة التي اداها عن نفسه لانه حصل الحج للميت
ببعض النفقة لصرف بعضها الى عمرة نفسه وبه لا يصير مخالفا كالوكيل
بشرى عبد بنفسه بالف اذا اشتراه بخمسمائة وبه قال ابن حنبل قال السرخسي

لكن هذا ضعيف فانه مامور بتجريد سفره للميت فلم له ولو امر بالقران
فدمه على الحاج عندهما وكذا عند ابي حنيفة لانه نسك ولم يخالف فيه
فكان كسائر النسك ولان له بدلا وهو الصوم اذا كان معسرا ولا اشكال ان
الصوم على الحاج دون المحجوج فكذا الدم وعلى هذا الخلاف اذا امره
بالقران عن الميت فقرن وعلى قولهما ما انفق في الحج بعد فراغه من العمرة
على الحاج خاصة لانه عامل في ذلك لنفسه لا للميت وبه يتضح قول ابي
حنيفة وفي التحفة والغنية لو احج الوارث بماله عن الميت او حج عنه بنفسه
من غير وصية قال محمد يسقط عنه الحج ان شاء الله وفي الكرماني قال ابو حنيفة
خبر الواحد وهو لا يوجب العلم ولا يحكم بسقوطه قطعا فان اوصى به يحج من
ثلث ماله وهو قد تقدم ووجهه ان ما وجب على العبد من العبادات لم يكن
بمقابله عوض مالي فكان بمنزلة التبرعات فكان معتبرا من الثلث اذا
اوصى ولم يستثن في الوجه لانه عليه السلام سماه دين الله تعالى كديون
العباد ومن عليه الدين اذا دفع دينه الى رب الدين يقبله ولا يمتنع عن
قبوله في الشرع ولهذا لو دفعه المامور بقضاء دينه وان تبرع بالدفع عن
المديون ان شاء قبله وان شاء لم يقبله ولذلك علق القبول بالمشيئة عند عدم
الامر ولم يعلقه بها عند الوصية فان كان ثلث ماله يبلغ ان يحج عنه
راكبا من بلده لا يجزيه ماشيا لان الواجب في حق التائي ان يحج راكبا وان
كان لا يبلغ ثلثه ان يحج راكبا من بلده ويبلغ ماشيا منه فقد روى هشام
عن محمد انه يحج عنه من حيث يبلغ راكبا ولا يحج ماشيا عنه من بلده
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ان يحج عنه من حيث يبلغ راكبا وان شاء
حج عنه من بلده ماشيا جاز ثم الافضل ان يحج عنه من قد حج عن نفسه
ولا يكون صرورة لانه اذا وصل الى مكة لزمه ان يحج حجة الاسلام فيكون ما اداه
عن غيره حجا مكروها هكذا في التحفة والغنية قلت انما يلزمه اذا
دخل مكة ترك حجة الاسلام اذا لم يدخلها محرما عن غيره لانه يمكنه ان يحج عن
نفسه وفي الكرماني الافضل ان يكون عالما بطريق الحج وافعاله ويكون حرا عاقلا بالغا

لان الحجاج غير الصرورة ابعد من الخلاف فكان اولى والصرورة اذا حج عن
غيره او نفلا اجزا عندنا وبه قال مالك قال ابو بكر بن المنذر هو قول الحسن
البصري وابراهيم النخعي وجعفر بن محمد وايوب السختياني وعطا
والثوري وابي ثور قال ابو عمر هو قول الاوزاعي خلاف ما ذكره ابن المنذر
عنه وهو رواية عن ابن حنبل وقول اسحق واختاره ابن المنذر وقال الشافعي
والحنبلي لا يجوز حجه عن غيره ولا حج النفل عن نفسه ولا عن غيره ويروى
ذلك عن ابن عباس ان النبي عليه السلام سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة
قال من شبرمة قال اخ لي او قريب لي قال احججت عن نفسك قال لا قال حج
عن نفسك ثم حج عن شبرمة اخرجه ابو داود وابن ماجة قال البيهقي
هذا اسناد صحيح ليس في هذا الباب اصح منه قال ابو الفرج بن الجوزي
يروى من طريقين احدهما حميد بن الربيع قال يحيى هو كذاب وفي الطريق
الثاني الحسن بن ذكوان ضعفه يحيى بن معين وقال احمد احاديثه اباطيل
وفي السند الذي ذكره ابو داود وابن ماجة وقال البيهقي هذا اسناد
صحيح ليس في هذا الباب اصح منه عزرة قال ابو الفرج عزرة هذا لا
شي قلت … في هذا نظر فان من اسمه عزرة في … ثم
عزرة بن قيس … لا شي والثاني مجهول … الذي ذكره ابن الجوزي في
الضعفا والمتروكين وجعل ابو الفرج عزرة الراوي لهذا الحديث
عزرة بن قيس الذي هو لا شي وقال البيهقي هو عزرة بن يحيى … قال ابو
عبد الله الحافظ … فلم يسمع منه فكيف يحكم من حديثه سمعت ابا علي الحافظ صح
بالصحة قال وقد روى قتادة ايضا عن عزرة بن تميم وعزرة بن عبد الرحمن
وقال ابو علي الغساني في كتابه المسمى بتقييد المهمل وروى مسلم عن
قتادة عن عزرة بن عبد الرحمن الخزاعي عن سعيد بن جبير في كتاب
اللباس وقال البخاري وعزرة بن عبد الرحمن الخزاعي كوفي وقال ابو بكر
البزار في مسنده هو ابن عبد الرحمن وعزرة بن ثابت عن ابن الزبير
عن جابر ولا يعرف … فقد اختلفوا في عزرة الراوي لهذا الحديث

اختلافا شديدا وروى ابن الجوزي من طريقين اخريين في احدهما محمد بن مخلد قال
الدارقطني حدث بالاباطيل وهو منكر الحديث وفي الاخر ابن ابي ليلى الفقيه
ضعيف الحديث عالي الطبقة في الفقه قال محيي الامام الذي نصل به في هذا
وجوه احدها الاختلاف في الوقف والرفع فعبدة بن سليمان رفعه
كما ذكرنا وقيل تابعه غيره واما الوقف فان محمد بن جعفر غندر رواه
عن سعيد بن ابي عروبة فوقفه ورواه سعيد بن منصور قال حدثنا سفيان
عن ايوب عن ابي قلابة واسمه عبد الله بن زيد الجرمي سمع ابن عباس رجلا
يلبي عن شبرمة فقال ويحك ما شبرمة فذكر قرابة له فقال احججت عن نفسك
قال لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة قال فهذا موقوف على ابن عباس
وفيه مع الوقف زيادة استبعاد تعدد القصة بان يكون وقعت في زمان رسول
الله صلى الله عليه وسلم معه وفي زمن ابن عباس على سياقة واحدة وانما وقعت
واحدة والاتفاق غلط ولا شك ان هذا منكر بعد ثانيها الاضطراب فان سعيد
ابن منصور عن سفيان عن ابن جريج عن عطا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
مثل ذلك … ان … لم ينقل في هذا الحديث حديثا ولا سمعته وهو
امام في التدليس ذكره ابن المغلس في كتابه قال ابن المغلس الظاهري وقد
قال بعض اهل العلم ان هذا الخبر ليس بثابت لان سعيد بن ابي عروبة كان
يحدث بهذا الحديث بالبصرة فيجعله من قول ابن عباس ولا يرفعه ورفعه بالكوفة
فجعل هذا الكلام من قول النبي عليه السلام وابو قلابة لم يسمع من ابن عباس شيئا
قال الشيخ محيي الدين رحمه الله في الامام فان الخبر بذلك غير ثابت وقال ابن المنذر لا
يثبت خبر شبرمة وقال المحب ورواه الخطابي والبغوي والبيهقي موقوفا
على ابن عباس والجمهور حديث الخثعمية المتفق عليه ووجه التمسك به انه عليه السلام قال
لها حجي عن ابيك ولم يسالها هل حججت حجة الاسلام ام لا فلو كان حجها عن نفسها
شرط الصحة حجها عن ابيها السنة لسالها وترك الاستفصال دليل على صحة
حجها عن ابيها وان لم تحج حجة الاسلام وقال عليه السلام انما الاعمال بالنيات وانما
لكل امرئ ما نوى وهو نص شرعي واصل عقلي وكيف تحصل له عبادة لم ينوها

وقال الطرطوسي قوله حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة واحمال هذا عن نفسك
ثم حج عن شبرمة لو كان حجه وقع عن نفسه كما زعموا كيف كان عليه السلام
يقول له حج عن نفسك وقد وقع الحج عن نفسه وحج عن نفسه عندهم والامر
طلب الفعل من المخاطب في المستقبل بل كان يقول له هذا وقع عن نفسك وهو
اعرابي لا يعرف حكم الشرع ويقول له من عليه حجة الاسلام لا يجوز له
ان يحج عن غيره والاحرام يقع لازما فلم يجز له نقله الى نفسه بعد ما تلبس به
لغيره فكان كمن عليه زكاة او كفارة لا يجوز له ان يؤدي زكاة غيره وكفارته
بامره ويقع عن المؤدى عنه فان قيل فقد جوزتم صوم رمضان بنية
النفل فجوزوا حجة الاسلام بنية النفل قيل له ليس صوم رمضان كالحج
لان شهر رمضان لا يجوز احالته عن صوم رمضان فيجوز المقيم الصحيح
ويجوز احالة الحج عن الحج فيه لان الحج فيه غير معين والصوم في شهر
رمضان متعين فالزمان للصوم معيار لا يسعه غير صومه والزمان
في الحج ظرف يجوز ان يوجد فيه الفرض والنفل فالحاجة في صوم رمضان
الى اصل النية وفي الحج الى نية التعيين او الاطلاق كما في المبسوط المعروف
للصورة حجة الاسلام دون التطوع فينصرف المطلق عليه كما في نقد
البلد اذا اطلق ينصرف الى المعروف وهو غالب نقد البلد واذا نص
على غير الغالب ينصرف اليه ولذا اذا نص على النفل اذ لا اعتبار للدلالة
مع التصريح بخلافه وقيل ان ذلك الرجل لم يكن محرما بعد وانما كان يتعلم
التلبية عن الغير فامره عليه السلام ان يبدأ بالحج عن نفسه وهو الافضل
عندنا ويكون الامر فيه محمولا على الندب لقوله عليه السلام ابدأ بنفسك
ثم بمن تعول واعتبر اهل خراسان ببطلان الاحرام وقالوا يقولوا وليس
بشيء لان الشافعية لم يعملوا بما رووه فان عندهم لو قضى دين ابيه
وهو معسر ثم ايسر لا يعاد الدين عندهم وهذا ايضا اذا فلم يجعلوه كالدين
قوله ومن امر رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل
بحجة عنهما فهي عن الحاج تطوعا ويضمن النفقة يعني انه امره كل واحد

بلغ

ان يحج عن نفسه خاصة ووجهه ان الحجة الواحدة لا يمكن ان تجعل عنهما اذ كل
واحد منهما امر بحجة كاملة ولا عن واحد معين لعدم الاولوية ولا عن واحد
غير معين لعدم الفائدة فوقع عن نفسه ولانه خالف كل واحد منهما
فوقع عن نفسه ويضمن النفقة اذا كانت من مالهما او مال احدهما يصرفها في
حجة نفسه وان نوى عن احدهما لا بعينه فان مضى على ذلك صار مخالفا ولذا
لو كان احدهما امره بالحج والاخر بالعمرة فقرن كان مخالفا وهو قول الشافعي
وجوزه ابو ثور واختاره ابن المنذر الا ان يكونا امراه بالقران لان قصدهما
تحصيل النسك دون تخليص الشمر وان عين احدهما في الابهام قبل المضي
فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لان الابهام ضد التعيين بخلاف احرام
المبهم وقد تقدم وجه الاستحسان ان الاحرام شرط بخلاف ما بعد الشروع
في الاحرام لان بعد ادائه منهما لا يحتمل التعيين وكان مخالفا ولو كان امره
بالقران فساق الهدي ونحوه يصير محرما بهما بذلك كما لو قرن بنفسه موسوق
الهدي من غير تلبية ولو احرم عن نفسه وعن ولده الصغير الذي يعقله
ثم جنى فعليه فدية واحدة عن نفسه وعن ولده لان اهلاك ولده لو كان
بنفسه لا يجب به على ولده الصغير شيء وهو يصير محرما باهلال ابيه لان
الاب يصير محرما عنه فبقي الاب محرما احراما واحدا عن نفسه فعليه
جزاء واحد بخلاف القارن فانه محرم احرامين عن نفسه ولو حج عن ابويه فله
ان يجعله عن ايهما شاء لانه متبرع في جعل ثواب عمله لغيره فبقي على خيارته ولا
مخالفة في المتبرع بخلاف المامور على ما تقدم وحاصل الفرق ان جهالة الملتزم
لا تمنع الصحة كالاقرار بمجهول بخلاف الملتزم له كالاقرار للمجهول فصار كالاحرام
بما احرم به زيد وفي رواية ابي حفص عن ابي يوسف اذا احرم عن احد ابويه
يقع عن نفسه ذكره في المحيط وفي قاضي خان وان احرم ولم ينو احدهما ولا نص
فيه قالوا ينبغي ان يصح التعيين بالاجماع وان امره ان يقرن عنه فقرن فدم
القران على من احرم لانه دم شكر على ما مر في القران وهذه المسألة تشهد
بصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور ولذا لو امر احدهما بالحج والاخر

بالعمرة واذن له في القران فالدم عليه وفي المبسوط لو احرم المامور بحج واحصر
وتحلل فعليه قضاء حجة وعليه عمرة بمنزلة ما لو كان احرم لنفسه واحصر
وتحلل وهو شاهد لمحمد ايضا ان الحج يقع للمامور فانه غير مخالف ومع ذلك
قضاء الحج والعمرة عليه وذلك لان الحج للحاج وللميت ثواب النفقة ودم الاحصار
على الامر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف على الحاج كسائر الدماء ولهما ان
الامر هو الذي ادخله في هذه الورطة فعليه خلاصه بخلاف دماء الجنايات
وفي المعنى للجناية دماء الجنايات في ماله ولذا دم المتعة والقران الا ان يؤذن له
ودم الاحصار على من المستنيب ويرد ما انفقه من مال من استنابه لان الحج
لم يقع عنه ولذا لو فاته الحج بتفريط وان فاته من غير تفريط احتسب
له بالنفقة انتهى كلامه وفي التحفة والقنية لو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم
المخالفة وعليه الحج من قابل بمال نفسه ولو افسده بالجماع يضمن النفقة
وعليه الحج من قابل بمال نفسه والمضي في الفاسد ولو امره بالقران فافسده
لزمه قضاء حجة وعليه عمرة وكل ذلك من ماله وصار مخالفا وهذا لان
فائت الحج يتحلل بالعمرة وعند العجز عنها يقوم الدم مقامها والعمرة عليه
فلذا ما قام مقامها فصار كدم المتعة والقران والكفارات ولو لم يحج عن
الميت فدم الاحصار في مال الميت عندهما وعن ابي يوسف في مال الحاج كما
مر ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه من الصلة كالزكوة وغيرها وقيل
من جميع ماله لانه دين المامور وفي قاضي خان دماء الحج ثلثة دم جناية ودم
نسك ودم مؤنة الاول دم قتل الصيد وارتكاب المحظورات والثاني دم المتعة
والقران فهما على المامور والثالث دم الاحصار وهو على الخلاف الذي ذكرناه
ومن اوصى بان يحج عنه فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق
النصف يحج عنه من منزله من ثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يحج عنه
من حيث مات المامور وياتي الكلام على هذه المسالة في كتاب الوصايا ان شاء
الله ولو كان للميت اوطان فاوصى ان يحج عنه من اقرب اوطانه الى مكة وان
كان له وطن ولم يحج عنه من بلده الذي هو وطنه وان حج عنه من غير

بلده وهو قريب منه بحيث يذهب الانسان اليه ويعود قبل هجوم الليل
فهو جاز من بغداد يجوز حج من مات في محلة ما حجوا عنه من محلة اخرى وفي
الكرماني اذا خرج الحج فاقام في بعض البلاد حتى تحول السنة فاوصى به واوصى
بان يحج عنه فانه يحج عنه من بلده في قولهم ولو اوصى بان يحج عنه من غير
بلده يحج عنه كما اوصى قرب من بلده او بعد لانه لو لم يوص لا يجب عليه فاذا
اوصى يجب بقدر ما اوصى والمكي اذا مات بالري واوصى بحجة يحج عنه من
وطنه بمكة وفي الكرماني حكاه عن ابي يوسف وان اوصى بان يقرن عنه
او يتمتع عنه فانه يكون من الري لان اهل مكة ليس لهم قران ولا تمتع وفي
المبسوط واذا مات الرجل فاوصى بان يحج عنه فعلى الوصي ان يحج عنه
بماله وكان ينبغي له ان يقول واذا اوصى الرجل بان يحج عنه فانه يحج على
الوصي ان يحج عنه بماله ويمكن ان يقال لعل معنى قوله واذا مات اي اذا حضره الموت
ولم يمت بعد وان كان المال الذي سماه الموصي لا يبلغ فذلك القياس بطلان
الوصية وفي الاستحسان يحج عنه من حيث يبلغ وفي شرح الطحاوي
بطل ولم يذكر القياس والاول اصح بخلاف الوصية باعتاق نسمة ويأتي
ان شاء الله وان اوصى بحج وماله يفي بحجة واحدة ولا يفي للثانية يحج عنه
واحدة ويرد الزيادة الى الورثة وان اوصى بثلث ماله في الحج وهو يفي بحجج
يحج عنه في السنة الاولى وهو الافضل وان احج في كل سنة حجة جاز
ولو اوصى ان يحج عنه ولم يوص الى احد فللورثة ان يحجوا عنه ولو لم يحجوا
ولا بانه بحجة ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى يعطى قدر ما يحج به وله ان لا يحج لانه
لما لم يقل عني كان ذلك وصية له بقدر ما يحج به كمن وهب لانسان
ثوبا يلبسه فان له ان لا يلبس الثوب وفي التكملة فقد ملكه هذا القدر من
المال وان اوصى بان يحج عنه بعض ورثته فاجاز بقية ورثته وهم كبار
جاز وان كانوا صغارا او كبارا وغيبا او صغارا فباطل لانه بمنزلة
الوصية للوارث بالنفقة ولا يجوز الا باجازة بقية الورثة ذكره الكرماني
في مناسكه وللموصي ان يسترد النفقة من المدفوع اليه قبل ان يحرم فاذا

احرم فللسائل استردادها فان النفقة الى حين عوده في ماله نفسه ان كان لخيانة
منه وان كان لضعف رايه او لجهله بامور المناسك فنفقته في مال الميت لانه
لمنفعة الميت وان لم يكن شيء من ذلك فنفقته في مال الوصي لتعديه وفي
المحيط ان ارادوا اخذ منه فاحرم اخذوا منه والنفقة على نفسه على ما
مر ولو جاء موعد له بعد الحرم فللوصي ان يسترد النفقة كلها ولو اوصى ان يحج
عنه فلان فمات فلان او لم يدفعه الى غيره جاز ولو قال لا يحج عني الا
فلان فات بطلت الوصية ذكره الكرماني وفي الينابيع اوصى ان يحج عنه فلان
فات فلان فعين من يحج عنه غيره الا ان يقول لا يحج الا فلان او لا يحج غيره
ولو ركب اكثر الطريق لا يضمن النفقة وان مشى اكثر ضمنها لان للاكثر
حكم الكل ويكون حجه على حاله ولو اوصى ان يدفع بعيره الى رجل ليحج عنه
فاكراه الرجل وانفق الكرى على نفسه في الطريق وحج عن الميت ماشيا
جاز استحسانا وهو المختار وان خالف امره ثم يرد البعير الى ورثته لانه
يملك ان يبيع البعير ويحج بثمنه فاولى ان يؤجره وفيه خلاف زفر ولو المامور
طريقا الى بلد اقرب يكون اكثر نفقة وهي مسلوكة جاز ولو عين له سنة
فحج بعدها جاز كما لو وكله ان يبيع عبده غدا فباعه بعد وفيه خلاف
زفر ولو مرض المامور فدفع الى غيره ليحج عن الميت لم يجز الا ان يكون اذن
له في ذلك فيصير بحكم الاذن وينبغي للموصي ان ياذن للمامور اذا مرض
ان يفعل ذلك واذا مات المامور بالحج بعدها ووقف بعرفة اجزاه الحج عن
الميت لوجود معظمه ولو رجع قبل طواف الزيارة الى بلده فهو محرم ابدا في حق
النسا فيرجع بغير احرام جديد ويقضي ما بقي لانه من جنايته ولا فضل
ان يحج الانسان عن الميت ذاهبا وايبا ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه لا يضمن
النفقة لانه اتى عن المستحق ميقاتيه وما دام مشغولا بالعمرة فنفقته
في مال نفسه فانه عامل لنفسه فاذا فرغ منها فنفقته في مال الميت ولو بدا
بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا يضمن جميع النفقة لانه خالف امره
وفي الوبري اذا حج الوصي من حيث يبلغ وفضل من النفقة شيء انه كان اخرج

يبلغ من بعد منه فان الحج للوصي ويضمن النفقة ويحج من حيث يبلغ الا ان
يكون الفضل يسيرا من زاد وكسوة في العادة ولا يكون مخالفا وترده الى
الورثة الا ان يكون الموصي له بما يفضل من ذلك فيكون له على ما تقدم وفي
المحيط والكرماني وغيرهما رجل وجب عليه الحج ولم يوجد منه خروج مع الناس
عام وجوبه فمات في الطريق فليس عليه ان يوصي به الا ان يتطوع لانه لم
يفرط بعد الوجوب وصى ان يحج عنه بثلث ماله وهو يبلغ حججا فهذا على
ثلاثة اوجه احدها ان يقول احجوا عني حجة واحدة او يقول احجوا عني
او يقول احجوا عني كل سنة حجة ففي الوجه الاول ما فضل يرد الى الورثة
وفي الثاني بالخيار ان شاء حج عنه في سنة واحدة حججا وهو الافضل وان
شاء كل سنة حجة وانما كان الاول افضل لانه يفيد الوصية والمسارعة
الى فعل الطاعة واداء الامانة اذ في التاخير عوارض وافات من هلاك
المال وقطع الطريق والقتال وتغير الاحوال وان اوصى ان يحج عنه كل
سنة حجة لم يذكره في الاصل وروي عن محمد كالثاني لان شرط التفريق
لا يفيد ولا يعتبر من الشروط ما لا يفيد وليت الشرط الذي
فيه احتمال الفائدة لان غرضه ان يكون له نصيب في كل سنة من الوقوف
بعرفة من دعاء الواقفين على الجبل من الاولياء والابدال والصالحين
كانه واقف معهم مشارك لهم موفق باسمه وكذا في الطواف والسعي بين
الصفا والمروة ويتجدد له هذه البركة في كل سنة وهذا مقام عظيم
الى ان ينفد المال ومن النوادر ان اوصى بان يحج عنه بمائة وثلثه اقل منها
يحج عنه فالثلث من حيث يبلغ كما في المحيط لانه لا يعتبر للمسمى في الحج فانه
يجوز النقصان من المسمى حتى لو حج الوصي عنه باقل من ماله جاز لان
الموصى به هو الحج لا غير وفي الينابيع اوصى ان يحج عنه عشر حجج في عشر
سنين فاحج الوصي عشرة انفس في سنة واحدة جاز اذا كان بامر الحاكم
وبغير امره يضمن وهذا يوضح لك ما ذكرته قبل هذا من فائدة التقييد والمال
المدفوع الى المامور بالحج لا يملكه وانما ينفق منه على نفسه بالمعروف على حكم

لملك الميت وهو قال لا ما اكل له ولو ضاع المال قبل احرام لا يكون حجه عن الامر
وبعده يكون عنه ولم يرجع بما انفق على احد لشبهه ولو دفع مالا ليحج
به عنه فاحرم بحجة عنه ثم نابه امر فلو رثته ان يسترد وا منه ما
بقي ويضمنوا ما انفق بعد موته لان هذا النفقة لنفقة ذوي الارحام
تبطل بالموت ويرجع المال الى الورثة ثم المامور لو قال ليحج عن الميت فالقول
قوله مع يمينه ولو امر ان يحج عنه بنفسه فقال حججت لا تصدق الا ببينة ولذا
لو كان المال مدفوعا اليه فرجع من الطريق وقال قطع على الطريق او ضعفت
فرجعت عن الحج وقد انفق منه يضمنه الا ببينه او تصديق الورثة ولعله
ان يقضي دينه ثم نفسه يحج به ولو قال صفقت صدق ولا يضمن ما انفق
في الرجوع عند سداد وقال خلف يضمن لعموم قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان
يكون امرا ظاهرا ذكره في الينابيع وفي الحجر انه له ان ينفق على نفسه
من مال الميت يوما او ثلثه رجا في الطريق وفي البدايع لو اشترى بالمال
عروضا للتجارة وانفق على نفسه من ماله وحج عن الميت فحجه لنفسه ويضمن
المال وقال ابو يوسف يجزيه عن الميت وهو قول ابي حنيفة ولو خلط
النفقة بمال نفسه فحج جاز ولو اشتغل بحاجة نفسه حتى فاته
الحج ضمن المال فان حج من قابل بمال نفسه اجزاه فان كان الوصي قال له حج العام
فلا عند ابي يوسف وعند زفر يضمن المال وان فاته الحج بآفة سماوية او لمرض
او سقط من بعيره او هرب المكاري وتركه كان له ان يرجع الى اهله بذلك وقال
محمد في نوادر ابن سماعة اذا فاته الحج لا تصح النفقة الماضية ونفقته في
رجوعه في ماله وذكر في الاملاء ان نفقة المحصر وكراه في رجوعهم من مال
الميت وهو رواية ابي يوسف والحسن وقال محمد يحجب في ماله دون مال الميت
ولو احرم من الميقات او دونه فضاع المال فانفق من مال نفسه حتى قضى
المناسك ورجع الى اهله لم يرجع به على الوصي الا بامر القاضي في نفقته وعن
محمد لا يرجع قبل الاحرام وبعده وقال لعيسى لا يرجع قبل الاحرام وبعده يرجع
وقال المهري في الرقيات اذا نفدت النفقة بمكة او في بعض الطريق فانفق من

مال نفسه رجع بذلك على من دفع اليه المال وان كان بغير امر القاضي وان اخذ
مالا ليحج به فاجر نفسه في الطريق ضمن المال قاله خلف بن ايوب وسداد
وفي الوجيز لو كان ثلث ماله لا يكفي لحجه بلغه لقلته بطلت الوصية وان اوصى
ان يحج عنه بجميع ثلثه او بثلثه او بكل ثلثه وثلثه يبلغ حججا حج عنه بجميع
ثلثه حجج بخلاف ما لو اوصى ان يحج عنه فانه يحج عنه حجة ولو جعل في
المهي احجج الا لحج به فلما بلغ الكوفة مرض يرد جميع ما اخذ ولا يحتسب
له بما انفق ولو ضاع لا غرم عليه وعن احمد ان مرض فرجع ولا شيء عليه
فيما انفق وان قال احفظ ان مرض فرجع فعليه الفضل لانه موهوم
وفي عله الفتاوى احجوا من يلي حجتين بلغ سواحة ويرد الفاضل
الى ورثته وان فضل وفي عن آل المهي قال لله على ان احج فاحج بلغين
نفسا في سنة واحدة قوما قبل حجي وقت الحج جاز الكل وان لم يحج وحا
وقت الحج وهو يقدر بطل حجه واحد لانه قدر بنفسه وكذا كل ما جا
في ثواب من حج عن ابويه او قضى عنهما مغرما عن ابن عباس قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج عن ابويه او قضى عنهما مغرما بعث
يوم القيامة مع الابرار وعن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من
حج عن ابيه او عن امه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر
حجج وعن زيد بن ارقم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حج الرجل عن
والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت ارواحهما وكتب عند الله برا
اخرجهن الدارقطني والله اعلم بالصواب

بلغ

باب الهدي وما جا في فضله عن الاسود
ابن هلال قال هاجرت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدمت بابل فاقمنا
في السوق ثم دخلت المسجد فاذا عمر يخطب ويقول اهدوا فان الله يحب
الهدي فخرجت وقد يعلو بعنق كل بعير رجل فبعث واصبت سوقا
وكان في هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم جمل لابي جهل في انفه برة
قال ابن منبه البرة من ذهب فعل النبي صلى الله عليه وسلم بذلك المشركين لان صاحب الجمل

قيل سلب رواه ابو داود وابو ذر الهروي واسم هذا الجمل عصفور في
ديوان الادب الهدي ما يهدى للبيت وقال ابن فارس في المجمل الهدي والهدي
ما اهدي للحرم من شاة او بقرة او بعير وفي مشارق الانوار الهدي ما ابي صح
يهدى الى البيت من بدنة او بقرة او شاة واهل الحجاز يخففونه وبنو تميم
وبعض قيس يثقلونه قوله الهدي اربعة شاة قد تقدم عن ابن
عباس انه قال ما استيسر من الهدي شاة وهو من ثلثة انواع الابل
والبقر والغنم وهذا اجماع والبدنة ثم الجزور والبقرة عندنا وبه قال
مالك وقال الشافعي البدنة الجزور خاصة وهو قول عطا واختاره ابو
عمر بن عبد البر واستدل بقوله عليه السلام في الصحيح من راح في الساعة
الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة
فدل انها غير البدنة وفي المنافع تخصيص الشي باسم خاص لا يمنع دخوله
تحت اسم عام كقوله تعالى وملائكته وجبريل وميكال واذ اخذنا من النبيين
ميثاقهم ومنك ومن نوح الاية او نقول المشترك لا عموم له في الاثبات فيجب افراد
البقرة ليعم الحكم فيهما ويدل عليه حديث جابر ان رجلا قال له اشترك
في البقرة ما اشترك في الجزور فقال جابر ما هي الا من البدن رواه مسلم
ولو سلم اختصاص البدنة بالجزور لكن الشرع قد سوى بينهما حيث
جعل كل واحد منهما مجزيا عن سبعة وقد ذكرنا مواضعها قبل هذا ولا يجوز
في الهدايا الا ما جاز في الضحايا يعني الجذع من الضان والثني من الابل
والبقر والمعز وعن ابن عمر كان يقول في الهدايا والضحايا الثني فما فوقه
اخرجه مالك وقال الزهري لا يجزي الجذع من الضان وعن الاوزاعي
يجزي الجذع من الجميع وعن انس والحسن بن حي الحسن يجزي الجذع من
الابل عن ثلثة وعن عطاء عن سبعة ذكره ابن المنذر وذكر البيهقي
في السنن الكبير عن علي وابن عباس وعطا بن ابي رباح والحسن وابن جبير
والنخعي ان ما استيسر من الهدي شاة وعن ابن عمر انه البعير
او البقرة والمختار الاول وعن ابن عباس ما استيسر من الهدي جزور او

بقرة او شاة او شرك في دم رواه البخاري من وجه عن شعبة وكذا مسلم
ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لان القربة فيهما هي اراقة الدم
ولا يختلفان والشاة جائزة في كل شي الا في موضعين فيمن طاف طواف
الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة قبل طواف الزيارة فانه لا يجوز
فيهما الا البدنة وقد تقدمت المسالة وما فيها من الخلاف ويجوز الاكل من
هدي التطوع والمتعة والقران وبه قال عطا وابن حنبل وفي المبسوط
ويستحب الاكل وقال مالك لا ياكل من فدية الاذى وجزا الصيد وما نذره
للمساكين وياكل ما سواه وقال الحسن البصري ياكل من فدية الاذى وجزا
الصيد وما نذره للمساكين وياكل ما سواه وقال الحسن البصري ياكل
من الجميع رواه سعيد بن منصور وقال الشافعي ياكل من الهدي التطوع
لا غير وعن ابن عباس رضي الله عنه انه بعث بهديه الى البيت مع الاسود
ابن يزيد او عبيدة السلماني فامرهما اذا قدما مكة ان ينحرا هديه ويتصدقا
بثلث ويبعثا الى اهل بيته بثلث وياكلوا ويطعموا من شاءوا بثلثه رواه
سعيد بن منصور وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه
وحسا من مرقه وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ساق مائة من
الابل فنحر بيده ثلثا وستين بدنة ثم اعطى عليا فنحر ما غبر رواه مسلم في صحيحه
قيل قصد بها سني عمره وهي ثلث وستون لكل سنة بدنة وعن علي نحر رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثلثين بيده وامرني فنحرت سائرها وفي اسناده
محمد بن اسحاق والصحيح الاول قال صاحب المحيط والكرماني وكان الواجب
فيها سبع بدنة وقال ابن حزم الظاهري كان الاكل تطوعا لانه لا يرى على
القارن دما وقد تقدم وامر عليا ان ياخذ من كل بدنة بضعة وان يطبخها
ثم اكلا من ذلك وشربا من مرقه قال ابن حزم ولم يقتصر على الاكل من بعض
الهدي دون بعض فكان الاكل من كل واحد منها فرضا وامر ان ياخذ من
كل بدنة بضعة قلت هذا فاسد من وجوه احدها ان فعله عليه السلام

لا يجب على الفرض بل هو محمول على الاباحة والاستحباب لا سيما في باب الاكل اذا
لم يثبت في الشرع فرضية الاكل الا في حال الخوف على نفسه الموت بتركه
والثاني معلوم بالضرورة انه عليه السلام لا يأكل من لحم مائة بدنه ولم ينقل
انه عليه السلام كان نهما في الطعام والثالث انه قد ثبت انه كان زاهدا ولا
ملتفت الى خلافه فانه خلاف لا اختلاف وقد قال الاصحاب الشافعية
انه لا يعتبر بخلاف الظاهرية مع ان فساد القول بايجاب الاكل على صاحب
الهدي من هديه لا يحتاج الى دليل ويتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا
اثلاثا كما ذكرناه في اثر ابن مسعود رضي الله عنه ومن العلماء من جعل
التصدق بالثلث واجبا وتعرف ذلك في كتاب الاضحية ان شاء الله ولا يجوز
الاكل من بقية الهدايا الهدايا لانها دماء كفارات ودماء لما سبيلها جبرانات
على الاحرام وفي التتمة الحق دم الاحصار بدماء الجنايات لان المحصر
لحق بفوات الحج ومعسر حيث شرع له التحلل من احرامه بالهدي في
الكتاب والمبسوط وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما احصر
بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي قال لا تأكل انت ورفقتك منها
شيئا وفي سنن ابي داود والترمذي وابن ماجه عن ناجية الخزاعي وكان
صاحب بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا رسول الله كيف اصنع بما عطب
من البدن قال انحره واغمس نعله في دمه واضرب صفحته وخل بين الناس
وبينه فليأكلوه وفي المنتقى لابن تيمية قالت عائشة كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يهدي من المدينة وليس في حديث ناجية هذا ان الهدايا كانت
للاحصار ولا كان البعث هذا من الحديبية ولفظ المبسوط وفي حديث
ناجية بن جندب الاسلمي انه عليه السلام امره ان يسلك بها الفجاج والاودية
حتى يخرج بها الى منى فقال لما اصنع بما عطب منها فقال انحرها واصبغ نعلها
بدمها واضرب بها صفحتها سنامها مثله في شرح المهذب للنووي
وفي الحفظ صفحته وحفظها وعن ناجية الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث معه بهدي فقال ان عطب فانحره ثم اصبغ نعله بدمه ثم خل بينه وبين

الناس رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه وقال حديث حسن صحيح وعن ابن
عباس رضي الله عنهما قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم فلانا الاسلمي
وبعث معه بثماني عشرة بدنة فقال ارأيت ان ازحف علي منها شيء قال تنحرها
ثم تصبغ نعلها في دمها ثم اضرب بها صفحتها ولا تأكل منها انت ولا احد فقتك رواه
مسلم وابو داود والنسائي ويروى بست عشرة بدنة والصحيح الاول وفي
الاكمال صفحتها ولا تأكل منها انت ولا رفقتك رواه مسلم اي جانبها ويروى
ثم اضرب به صفحة عنقه بنعلها اي بالنعل التي هي قلادتها لو وجدها
مفسرا انه عليه السلام كل بدنه عطبت من الهدي نحرها ثم القى
قلائدها في دمها ثم خل بينها وبين الناس المساكين ويروى ثم اضرب به صفحة
عنقه وفي المغني ناجية بن كعب وقيل اسمه ذكوان فسماه رسول الله صلى الله
عليه وسلم ناجية لانه نجا من قريش وازحف للمبالغة كالرواية ومعنى
ازحف اعيا قال الخطابي زحف البعير اذا قام من الاعياء وازحفه السير
وقيل زحف البعير وازحف لغتان تذكرهما القالي والزجاج ويروى ابدع
اي كل وانقطع وكان ناجية ورفقته اغنياء فلهذا قال عليه السلام لا تأكل
انت ولا رفقتك منها وقد قال له ثم خل بينه وبين الناس وفي حديث الترمذي
ثم خل بينها وبين المساكين فان اكل منه وهو غني ضمن ما اكله للفقراء وقال ابن
القاسم ارى في الصدر ان يطعم المساكين قدر ما اكل وقال مالك عليه البدل
كله اذا اكل منه شيئا قال ابن حزم في المحلى قول مالك ان من اكل لقمة من
الهدي يضمن الهدي كله لا تشبيه منه لان الله تعالى يقول جزاء سيئة سيئة
مثلها ومن المحال الباطل ان يأكل لقمة فيغرم عنها ناقة وهو عدوان لا يشك
فيه قال ابو حنيفة والشافعي واحمد وداود يغرم ما اكله قال ابو محمد
علي بن حزم يخلي بينه وبين الناس فان قسمه بينهم ضمن ما قسمه ولذا ان امر
باكله وان قال شأنكم به ونحوه فلا بأس وهذا فاسد لانه لا يستحق قبل بلوغ
محله فيعرض عليه ان يأكل منه ولا بد ويتصدق منه ولا بد فان كان واجبا
فعطب فلينحره الى الحرم ثم ان شاء اكل وان شاء اهدى وان شاء نوى به في ثمن

اخر وان بلغ محله فلا ياكل منه شيئا وعندنا وعند الجمهور لا يجب عليه الاكل
وينادي الفرية بالاراقة حتى لو ضاع اللحم بعدها او سرق لا يلزمه ضمانه
وقد تقدم ذلك غير مرة وفي الكرماني ان عطب في التطوع فليس عليه غيره
فان اكله او تصدق به على غني ضمنه وقال الشافعي ياكل منه ويطعم الاغنيا
والفقرا لانه ملكه وفي الواجب يقيم غيره مقامه ولذا ان اصابه عيب
كبير لانه خرج عن صلاحية القربة ويصنع بالمعيب ما شا لانه ملكه
قال ولا يجوز اكل هدي الجنايات والكفارات والنذور وهدي الاحصار
وقد ذكرنا ذلك وفي الاسرار والمعنى من ساق هديا واجبا فعطب دون
محله صنع به ما شا وعليه غيره مكانه وان سرق بعد ذبحه اجزاه
وبه قال الثوري وابن حنبل وابن القاسم وقال الشافعي عليه الاعادة وان
تعيب ما عينه لم يجزه وعليه غيره فيصنع بالاول ما شا وبه قال الشافعي
وابن حنبل وابو ثور واسحق وهو قول عطا وعن احمد انه يذبحهما وفي المدونة
كل هدي دخله عيب بعد التقليد يجوز وبالتقليد يخرج عن ملكه ولهذا
لا يجوز بيعه عنده قلنا لو زال ملكه لما اجزاه بحرق فصار كالزكاة وعند
الشافعي يملكه الفقرا بالنذر قلنا لو ملكوه لضمنه لهم بالذبح كما لو
ذبح شاتهم وليت شعري اي فقير يملكه منهم او يملكه جميعهم وهو محال
ولو نذر اعتاق عبد بعينه لا يزول ملكه وفي المنذور المعين اذا تعيبت
يجزيه عنده لانه لم يلتزم غيره ويجوز بيعه بعد تعيينه وبه قال احمد
وقال ابو يوسف ومالك والشافعي لا يجوز وهو اختيار ابي الخطاب وقد مر
غير مرة وانما يصبغ النعل المعلقة على الهدي في عنقه في دمه ثم يضرب
بها صفحته ليعرف الفقرا انها ذكية وليست ميتة فياخذوه ليأكلوه ويحرم
منه ليعرف انه صدقة فياكله الفقرا دون الاغنيا وروى البيهقي عن ابي
قتادة عن النبي عليه السلم انه قال من اهدى هديا تطوعا فعطب فلا ياكل
منه فان اكل منه فعليه بدله وان اكل واجبا فلياكل ان شا فانه لا بد من
قضايه وهو منقطع وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
من اهدى

بلغ

من اهدى بدنة تطوعا فعطب فليس عليه بدل وان كانت نذرا فعليه
البدل رواه البيهقي في السنن الكبير له وتمام في فوائده وفي المحلى عن ابن
مسعود رضي الله عنه في التطوع اذا عطب ان شيت فكل واطعم وليس
عليك بدل ومثله عن عايشة رضي الله عنها وهو قول نافع وسعيد بن جبير
وقوله ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا يوم النحر ويجوز
ذبح هدي التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل هو الصحيح
وينبغي ان يكون ذبحه قبل يوم النحر افضل مسارعة الى الصدقة وتعجيل
لحم الفقرا والمساكين ولقلة المحتاجين قبل يوم النحر وكثرته فيه وقد ذكرنا
المسلة في اخر باب القران والاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي
وقت شا تقدم وما فيه من الخلاف ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم
لقوله تعالى في جزا الصيد هديا بالغ الكعبة والمراد بها الحرم وقد
ذكرنا ذلك في حديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال وقفت هاهنا بعرفة وعرفة كلها موقف ووقفت هاهنا بجمع
وجمع كلها موقف ونحرت هاهنا يعني بعرفة ومنى كلها منحر فانحروا في
رحالكم رواه مسلم وعن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل عرفة موقف
وكل مزدلفة موقف وكل منى منحر وكل فجاج مكة طريق ومنحر خرجه
البيهقي في السنن الكبير وقد تقدم ما استثناه عليه السلم من عرفة
والمزدلفة وفي خزانة الاكمل لو ذبح هدي النذر بمكة وتصدق
بلحمه جاز ولو تصدق به حيا لا يجوز فان سرق لحمه فعليه
بدله ولذا في جزا الصيد وفي دم المتعة والقران لا يجب بدله وفي
المبسوط كل من وجب عليهم الدما اتحد جنس الواجب او اختلف كذا الكفارات
وغيرها واتحاد الجنس حيث قال زفر ان اختلف الجنس لا يجوز وقال
الشافعي وابن حنبل يجوز في الكل وان قصد بعضهم اللحم ولم يقصد قربة
هذا في الابل والبقر وجوز سعيد بن المسيب واسحاق بن راهويه الجزور
عن عشرة وقال مالك لا يشترط في هدي التطوع ولا في الواجب ولا بدنة ولا في

بلغ

خرا صيد ولا فدية واهل البيت والاجانب فيه سواء نعلو ما قال ابن عباس
ما كتب لدي دما يقتضي عن اكثر من واحد وقاس على الشاة ومنعهما قول
ابن عمر وجابر وانس وابن عباس وعطاء وعمرو بن دينار والاوزاعي والثوري
وغيرهم ذكر ذلك ابن المنذر وقد ذكرنا احاديث ثابتة صحيحة تدل
على ذلك عن جابر وغيره وقد ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن زوجاته
بقرة رواه ابو داود وذو ما قال القاضي عياض المالكي ان معناه عن كل واحدة
منهن بقرة وهو باطل لوجهين احدهما ان ابا داود والنسائي رويا انه عليه السلام
ذبح عمن اعتمر من نسائه بقرة بينهن وكن قارنات والثاني انه ذكره يقتضي
ان يكون ذبح عنهن بقرات ولم ينقل ذلك ولما الرد على الشافعي وابن حنبل
فان المسالة فيما اذا كان ذميا او من لا يريد القربة بنصيبه لم يكن بعض
قربة والعبادة هي النحر ولا يجوز ان يكون بعضه غير عبادة فاذا بطل
بعضه بطل كله لاجتماع المنافي للقربة والمسلم ها الذبيحة المسلم والمجوسي
فان اشترى بدنة لمتعة ثم اشرك معه ستة بعد ما اوجبها لنفسه
خاصة لم يجز فان فعل يتصدق بالثمن ولو ضل هديه فاشترى مكانه
غيره وقلده واوجبه ثم وجد الاول فنحرهما افضل فان نحر الاول وباع
الثاني جاز لان الثاني خلف عنه وان ذبح الثاني وقيمته مثل الاول
او اكثر جاز فان كان اقل يضمن نقصه وهدي المتعة والتطوع فيه
سواء قال ابن المنذر في الاشراف عن عمر وابنه وابن عباس انه ينحرهما
وفعلت ذلك عائشة رضي الله عنها وبه قال مالك والشافعي ومذهبنا قول
الثوري ولابي ثور وقال الشعبي في الواجب كقولنا وفي التطوع ينحرهما
جميعا وهو قول عطاء ولو غلط كل واحد فنحر هدي غيره اجزاه
وبه قال مالك والشافعي وكذا في الاضحية على ما ياتي ان شاء الله ولم يحك
مالك في الاضحية ذكره في الذخيرة وفي جامع الفوائد كذا ابلغ الهدي
المعين محله فذبحه حين بلغها ذبحه وقع موقعه ويضمن نقصه
وحكى الخراسانيون قولا انه لا يلزمه ارش كما لو ذبحه باذنه وبادنه

قال محمد بن جرير وفي القديم له ان يجعله للذابح ويغرمه قيمته ومثله في
الاضحية المعينة في وقت التضحية فيما خلا اللحم على المشهور فيفرقه
ويتصدق به على فقراء مكة وغيرهم وفقراء مكة افضل وقد ذكرناه
فيما تقدم وخلاف الشافعي ولا يجب التعريف بالهدايا وهو اخراجها الى
عرفات ذكره في طلبة الطلبة وقيل ان يعرفها بعلامة وهو التقليد
الثاني غير واجب اجماعا واختلفوا في الاول قال ابن المنذر كان ابن عمر
لا يرى الهدي الا ما عرف به ويوقف بعرفة مع الناس وقال سعيد
ابن جبير لا يصلح ما لم يعرف من البدن والبقر وقال مالك احب للقارن ان
يوقف هديه من حيث عرم وان ابتاعه دون ذلك فلا يأكله بعد ان يعرفه
بعرفة وفي المدونة ان اشتراه في الحرم اخرجه الى الحل وان اشتراه
من الحل ادخله الحرم وهو الذي يوقف بعرفة ولا يجزي ايماء غير ربه
فان ارسله من عرفة قبل الغروب لم يكن محله منى لعدم الوقوف بالليل
واذا فات ذلك فمحله مكة فان وقف به فمحله منى واسقط طائفة ايجاب
الوقوف بالهدي قال يوقف وقالت عائشة رضي الله عنها وعن ابيها ان
شئت فعرف وان شئت فلا تعرف عنها انها قالت عرفوا بالهدي فقالوا لا
نستطيع فقالت ثم اعملوا بمنى رواه سعيد بن منصور وعن ابن عباس
ان شئت ان تعرف بالهدي فعرف وان شئت ان لا تعرف به انما احدث الناس
التعريف مخافة السرق وعن عطاء وطاوس لا يضرك ان تعرف وهو
موقت بايام النحر بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر وسببها
الجناية فلا يتوقف بها السرف
فرع قال لله علي بدنة فعليه جزورا و
بقرة فان نوى ذبحها بمكة يلزمه ذلك وان لم يكن له نية نحر في الحرم شاء
في قولهما ولا تجزيه الا بمكة عند ابي يوسف كما لو قال هدي وهما الاطلاق
محله في الهدي فانه اسم لما يساق الى مكة في العرف فصار كما لو قال لله علي جزور
فرع قال لله علي ان اهدي ثوبي هذا يجوز فيه القيمة وكذا لو جعل
شاة من غنمه هديا اجزأت القيمة وفي المحيط في رواية ابي سليمان وفي رواية

اي جعلها اجزاء مثلها وهو يؤيد ما ذكره في الجامع وقيل في المسألة روايتان فمقتضى
ما ذكرها هنا يجوز القيمة هناك وفي المحيط رواية الجامع رواية ابن سماعة
ولو قال لله علي ان اهدي شاة فاهدى جزورا جاز لانه قام مقام سبع
شياه ذكره في المبسوط قلت ولم يذكر ما اذا قال لله علي شاة فاهدى
سبع بدنة او قال لله علي سبع بدنة فاهدى شاة الا انه قال اذا ادى مثل
ما عينه في نذره او افضل منه اجزاه قوله والافضل في الابل النحر
وفي البقر والغنم الذبح قيل معناه النحر الجزور ولهذا يسمى يوم الاضحى يوم
النحر لنحر الابل وقد تقدم امره عليه السلام بالنحر في قوله ان عطب فانحره
ولان نحره اسهل لخروج الدم وقال تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال
تعالى وفديناه بذبح عظيم وهو ما اعد للذبح وعلى ذلك الاجماع وكذا
المأثور عن النبي عليه السلام ويأتي هذا في كتاب الاضحية ان شاء الله
والافضل ان ينحرها قياما لانه عليه السلام نحر سبع بدنات قياما رواه
البخاري وفي حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه كانوا
ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها وعن
زياد بن جبير قال كنت مع عمر بن الخطاب فمر برجل ينحر بدنته وهي
باركة فقال ابعثها قياما مقيدة سنة محمد رواه البخاري ومسلم وابو
داود والنسائي وعن عطاء انه استحب نحرها باركة معقولة وهو
مردود ولا يذبح البقر والغنم قياما لانه خلاف السنة ولان المذبح
في الاضطجاع ابين فيكون الذبح فيه ايسر واستحب الجمهور استقبال
القبلة بها وكان ابن عمر وابن سيرين يكرهان ان يؤكل ما لم يستقبل به
القبلة والاولى ان يتولى ذبح هديه بنفسه وبه قال الشافعي وابو ثور وابن
حنبل وكره مالك ان يتولاه غيره قال ابن المنذر كان ابو موسى الاشعري
يامر بناته ان ينحرن ضحاياهن بايديهن وفي امره عليه السلام عليا ان
ينحر بعض هداياه دليل على اباحة ذلك فكان تركه محجوجا به ويجوز ان
يستنيب كتابيا في ذلك وهو قول علي وجابر بن عبد الله وابن عباس وابن

سيرين والحسن والشعبي والشافعي وابي ثور مع الكراهية واختاره ابن
المنذر وقال مالك لا يجزيه في الضحايا وعليه يدل هنا لانه قربة والاولى فعل
القربات بنفسه وان كان لا يحسن الذبح ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي
اجرة الجزار منها وعن ابن عمر كان يجلل الهدي ويتصدق بذلك رواه البخاري
وعن علي رضي الله عنه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اقوم على
بدنه وان اتصدق بلحمها وجلودها وجلالها وان لا اعطي اجرة الجزار منها
شيئا قال نحن نعطيه من عندنا اخرجه مسلم وابو داود والنسائي وابن
ماجة وعن ابن عمر انه كان ينحر المساكين فيقول ان شئتم اعطيت الجزار
من سقطها واكارعها واعطيتكم ثمنه وان شئتم اعطيتكم سقطها واكارعها
واعطيت الجزار دراهم ويجوز ان يتصدق على الجزار منها سوى اجرته عند
الاكثر وان اعطاه شيئا منها لجزارته ضمنه لانه اتلاف او معاوضة
بلغ قوله ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن
ذلك لم يركبها فالحاصل ان المحتاج الى الركوب يركبها وبه قال الشافعي
وابن المنذر وقال عروة ومالك واحمد واسحق وداود يركبها من غير ضرورة وله
قال الملام روي عن السلف فيه يركبها من غير حاجة الا ان يهزلها الركوب
وعلى هذا حمل متاعه عليها عند الحاجة واوجب بعضهم ركوبها لحديث
ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا
يسوق بدنة فقال اركبها ويلك في الثانية او الثالثة رواه البخاري
ومسلم وابو داود والنسائي وعن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها قال انها بدنة قال اركبها قال انها بدنة
ثلثا متفق عليه وتأويله انه كان اعياه المشي ومحتاجا الى الركوب
ويدل عليه رواية انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق
بدنة قد اجهده المشي فقال اركبها قال انها بدنة قال اركبها وان كانت بدنة
رواه النسائي وعنه عليه السلام اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها حتى تجد
ظهرا رواه مسلم واحمد ولانه جعل ذلك خالصا لوجه الله تعالى فلا ينتفع بحا

او عيبا فيها من غير ضرورة قبل ان يبلغ محله فان ذكاها فاستقصى بركوبه
فعليه ضمان ما نقص وبه قال الشافعي ويتصدق بها على الفقراء لان
انتفاع الاغنياء بها معلق ببلوغها المحل فاذا لم يبلغ وجب التصدق بها
على الفقراء اذ القربة لا اراقة قد فاتت وان كان لها لبن لم يحلبها وينضح
ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع لبنها ان كان قريبا من وقت الذبح فان كان
بعيدا منه حلبها وتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها لطول المكث وان
صرفه الى حاجته او الى غني تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون
عليه فصار كنتاجها وبه قال مالك لكن لا يضمنه لمكان الاختلاف
ذكره في الذخيرة وجوز شرب لبنها الشافعي وابن حنبل بعد كفاية
فصيلها وفي شرح النواوي لبن الهدي المنذور يجوز شربه عند
الشافعي مع انه قد زال ملكه للفقراء ولا يجوز بيعه بلا خلاف عندهم
وقال المتولي ان لم يجز اكل لحمه لم يجز شرب لبنه وفي الامام روى
ابن ابي العوام الحافظ في فضائل ابي حنيفة رضي الله عنهما من جهة اسحق
ابن ابي اسرائيل قال حدثنا يحيى بن اليمان قال حدثنا ابو حنيفة
عن حماد عن ابرهيم قال اذا در لبن البدنة فلينضحه بالماء البارد حتى
يقلص وان حلب درها او صوفها تصدق به او بقيمته ان استهلكه
وفي المبسوط يتصدق بولد الهدي او يذبحه معها فان باعه تصدق
بثمنه ويسري حكم الهدي الى ولدها وعليه الائمة وقال اشهب
من المالكية ان باع ولد الهدي فعليه بدله كبيرا وقال ابن القاسم اكره
في الطريق ابدله بعيرا في نتاج البدنة لا بقرة وفسادها ذكر الحلواني
لا يحتاج الى بيان ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره
لان القربة تعلقت بعينه وقد فات وينبغي ان يكون المنذور المعين مثله
وهو قول الشافعي لفوات محله بغير تفريط وان كان عن واجب فعليه
ان يقيم غيره مقامه اذ الواجب في الذمة وان اصابه عيب كبير يقيم غيره
مقامه وصنع بالمعيب ما اراد ولم يأكل هو ولا غيره من الاغنياء وقد تقدم

فيه حديث ناجية المذكور قبل هذا والكلام عليه فلا نعيده وقال النواوي
لو نذر هديا معيبا فعيبه لا يلزمه ابداله وهو قول عبد الله بن الزبير
وعطاء والبصري والنخعي والزهري والشافعي ومالك واسحق وقال
ابو حنيفة يلزمه ابداله ولا يجوز للمهدي ولا لسائقه ولا لاهله ان ياكل
من هذا الهدي ويجوز للفقراء من غير الرفقة وفي الفقراء الرفقة وجهان
اصحهما لا يجوز ويشكل جزر السباع ومنع الفقراء الحاضرين المحتاجين
اليه من الرفقة لاجل من عسى ان ياتي من الفقراء بعد ايام وقد لا
ياتون والظاهر امتناعهم من اكله او اكثرهم لفساده بعد ايام
لا سيما في اوقات الحر الشديد وقد اكل من ذلك السباع والوحش والحيات
والافاعي وانما نهى عليه السلام السائق ورفقته من اكلهم لعينهم ولهذا
نص على تمليكه للمساكين في حديث الترمذي وفي احد قولي الشافعي
يتوقف حل اكله للفقراء الذين ياتون بعدهم على قوله ابحته للفقراء والمساكين
او حللته لهم او سكنته لهم وفي التطوع لا بد من ذلك في حق غير
من بعثه قولان في الاملاء لا يحل وفي الام والقديم يحل وهو الاصح
وعندنا يحل مطلقا وجزر السباع هو اللحم الذي تأكله ويقولون تركوهم
جزرا اذا قتلوهم وقولهم صاروا جزرا للعدو واذا استقلوا ويقلد هدي
التطوع والمتعة والقران وفي المحيط والنذر لانه دم نسك وعبادة
وفي اظهار الشعائر واشهار فيليق ذلك بالنسك مع موافقة السنة
ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سبب ذلك الجناية ولا يناسب
الاشهار ودم الاحصار يلحق بها لكونه جابرا وقد ذكرنا وفي المبسوط
ولو فعل ذلك لا يضره والتقليد وتعليق القلادة على الهدي والمراد
بالهدي الجزور والبقرة دون الغنم وهو قول مالك وفيه خلاف الشافعي
واحمد وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وقوله لعدم فائدة التقليد لانه غير
معتاد في الشاة ولا يعرف انه هدي حتى يمنع من اكله الاغنياء ثم
ان بعث بالهدي يقلده من بلده وان كان بعثه من حيث يحرم وسوا احرم

من الميقات ومن غيره وهو السنة وهكذا ذكره النواوي عن الشافعي مسائل
شتى وقوله اهل عرفه اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم
النحر اجزاهم في الاستحسان وبه قال عطا والحسن البصري ومالك
وابن حنبل وقال النواوي في شرح المهذب اتفقوا على انهم اذا غلطوا
فوقفوا في العاشر من ذي الحجة وهم جمع كثير على العادة اجزاهم فان
جا طائفه يسيره يوم النحر وظنت انه يوم عرفه فوقفت وقال
الناس قد افاضوا ففيه وجهان اصحهما انه لا يجزيهم وفي القياس
يجزيهم كما قالوا قال ابو ثور الطبري بل انه لا يجزيهم وهو قول
ابن الصباغ وكذا لو وقفوا في الثامن لان الوقوف ركن مختص بزمان
ومكان فلا يجوز في غير زمانه كما لا يجوز في غير مكانه حتى لو وقفوا في
جبل اخر او جبل اخر ظن انه لا يجزيه بالاجماع فلما لم يكن الوقوف قربه
وعباده في غير ذلك المكان لم يكن قربه في غير ذلك الزمان ولهذا لو وقفوا
يوم التروية وهو الثامن من ذي الحجة لا يجزيهم عندنا بلا خلاف
وان لم يعلموا انه لا يوم النحر وفي المبسوط لانه موقت بوقت
فلا يجوز بعده كما لا يجوز قبله فصار كالجمعه وان وقفوا في الثامن
لا يجزيهم وبه قال مالك وهو الاصح من مذهب الشافعي والاصح من
مذهب احمد انه يجزيهم وان غلطوا بيومين فوقفوا في السابع او لـ
الحادي عشر لا يجزيهم بالاجماع لندرتهما اذ لا يتحقق الاشتباه
بيومين ولو علموا بالخطا قبل الزوال في يوم النحر فوقفوا على المبين
بالحال قال البغوي من الشافعيه المذهب انه لا يجزيهم لانهم وقفوا
مع العلم بالخطا ولو علموا في حال الوقوف يجزيهم هذا قول البغوي
وانكر عليه الرافعي وقال هذا غير مسلم فان عامة الفقهاء قالوا
لو قاموا بتاخير رويه الهلال ليله العاشر وهم بمكه بحيث لا يمكنهم
الوقوف في الليل وقفوا من الغد حسب لهم الوقوف قال النواوي وهذا
هو الصحيح ولو شهد واحد او اثنان على رويه الهلال من ذي الحجة فرد

شهادتهم لزم الشهود الوقوف في اليوم التاسع عندهم والناس يقفون
العاشر بعده فلو اقتصروا على الوقوف مع الناس لم يصح وقوفهم وفي
المنتقى روى عمرو بن ابي عمرو عن محمد اذا قبل الحاج يريدون عرفه فراى
بعضهم هلال ذي الحجه فرد الامام شهادته وعند الامام ذا القعده
ثلثين يوما ووقف اليوم التاسع من ذي الحجه بعرفه وهو العاشر
عند الشهود ووقف الشهود بحجهم تام وهم وغيرهم في الحج سوا وان وقف
الشهود على ما راوا قبل وقوف الامام ولم يقفوا مع الامام من الغد فقد
فاتهم الحج وان وقفوا بعد ظهور الخطا لا يجزيه عندنا وهو قول مالك
وقال الشافعي فيه يجزيهم وهو خطا يتيقن الخطا عند المباشرة
كالخطا في القبله قبل اليقين وبعده واستدل الشافعي فيه على
جواز التقديم بحديث ابي بكر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم
بعثه فوقف في ذي القعده مع علي رضي الله عنه فاذا جاز فيه بسهو
فبيوم اولى وبه قال ابن القاسم وسحنون والقاضي ابو بكر الباقلاني من
المالكيه وقياسهم باطل باليوم السابع من ذي الحجه ووجه
الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم
لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم ولا يقبل قال صاحب الحواشي
فلا يجمع بينهما يعلم ان النفي لو شهدوا انه طلقها ثلثا ولم يستثن
او قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى قال لان هذه الشهادات وان قامت
على النفي فيها يدخل تحت الحكم ولا يرد بقضا قاضي ولكن نقول ان الشهادة
انما تصير حجه بالقضا فاذا لم يدخل تحت القضا لا يكون حجه ويكون
القضا وغيره فيه سوا والا يدخل الحج تحت القضا لانه من باب العبادات
يتعلق به فالحكم به كالنذور والكفارات ولا يلزمه النقض لان الذي
شهد انه طلق ولم يستثن او اعتق ولم يستثن شهد من جهة المعنى
بوقوع الطلاق والعتق لان هذا النفي اثبات في المعنى والمعنى هو
المعتبر ولهذا لو شهد انه طلق واستثنى واعتق واستثنى يصح النفي

فيه على الاثبات بان المبت شهد انه لم يطلق ولم يعتق ولذا الذي شهد
انه قال المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى شهد بردته واباحة
دمه وذلك اثبات والذي يشهد انه وصل بقول النصارى لم يشهد
بذلك ولان التدارك فيه غير ممكن فليس فيه الا ايقاع الفتنة فلا
يسمع الامام شهادتهم ويقول قد تم حجكم انصرفوا وفي قاضي خان
للاستحسان وجهان احدهما ان هذه الشهادة قامت على نفي صحة
الوقوف فلا تقبل والثاني انها مقبولة وحجهم تام لقوله عليه السلام
صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون
واضحاكم يوم تضحون اراد ان وقت الوقوف هو يوم عرفة عندكم
وقد وقفوا في ذلك اليوم وان يوم عرفة هو اليوم الذي عرف عامة
الناس وان اخطاوا في حقيقة يوم عرفة بخلاف الثامن منه لانه
دعا الى الاشتباه بفعله ولانه لا جواز للعبادة قبل وقتها في الصوم
والصلوة ويجوز بعد وقتها بالنوم والنسيان وتطير الاسير في دار الحرب
في حق صوم رمضان ان تاخر عنه جاز وان تقدم عليه بالتحري
لا يجوز ولهذا روي عن محمد في الصلوة يوم الغيم قلت
في هذا اشكال والفرق بينه وبين الصوم والصلوة ظاهر وهو ان
الوقت فيهما هو السبب لوجوبهما ولا يجوز تقديم الحكم على سببه وفي
الحج السبب هو البيت وهو موجود فلم يكن في تقديمه قبل وجود سببه
فينبغي ان يجوز فعله في يوم التروية لتقدم الزكوة على الحول بعد ملك النصاب
فان قيل ان افعال الحج غير معقولة المعنى فيتقيد بالوقت الذي فعلها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب عنه من وجهين احدهما
ان هذا باطل بطواف الزيارة فانه يجوز بعد الوقت الذي طاف
فيه عليه السلم والثاني منقوض بالوقوف يوم النحر وفي المبسوط
ان شهدوا عشية عرفة ليلة النحر ويمكنه الخروج الى عرفات قبل
طلوع الفجر وادراك الوقوف قبل شهادتهم وامرهم بالخروج ليقفوا في وقت

بلغ

الوقوف وان لم يمكنهم ذلك لا تسمع شهادتهم ويقف الناس في اليوم الثاني
ويجزيهم وفي الذخيرة لا ينبغي ان يقبل فيه شهادة الواحد والاثنين في
الاستحسان وفي القياس يقبل شهادة العدلين واما الذي يقبل فيه
شهادة العدلين قياسا واستحسانا اذا كان القوم يقدرون على الوقوف
عليها امروا به قال محمد ان الشهود اذا شهدوا في وقت لا يمكنهم الوقوف
بعرفة نهارا وعشيا جاؤوا الى الوقوف بها ليلا لا يقبل فيه شهادة العدلين
وفي الرقيات قال ابن سماعة لمحمد رايت ان اتاه الخبر المتيقن وهو عشية
ليلة النحر في وقت ان ارادوا اتيان عرفة اصبحوا دونها او يلحق المسرع
عرفة دون المشاة واصحاب الثقل الا بعد الفجر قال محمد لا ينبغي للامام
ان يقبل البينة وان كان الامام ومن اسرع يدرك الوقوف وفي المحيط
لو شهدوا عند الامام عشية عرفة برؤية الهلال فان امكنه الوقوف
في بقية الليل مع عامة الناس او اكثرهم وقف وان لم يمكنه لا يقبل تلك
الشهادة ووقف من الغد ولذا لو شهدوا يوم عرفة انه يوم الاضحى
لم يقبل وفي البدائع هل يجوز وقوف الشهود روى هشام عن محمد انه
يجوز وقوفهم وحجهم ايضا وعن محمد اذا شهد عند الامام شاهدان
عشية يوم عرفة بالرؤية فان كان الامام لم يمكنه الوقوف في بقية
الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ووقف من الغد بعد الزوال
وان كان يمكنه الوقوف قبل طلوع الفجر مع اكثر الناس والذي لا يدركه
ضعفة الناس يقف حتى لو تركه فاته الحج ولو لم يشهد شاهدان فرد
شهادتهما لعدم العلة بالسنا فوقف بشهادتهما قوم قبل الامام لم يجز
وقوفهم لان الامام اخر الوقوف لسبب يجوز العمل عليه فصار كالواحد
الاشتباه وفي الذخيرة اذا جاء الامام امر مكشوف وهو يقدر على
اللحوق الى عرفة ومن اسرع معه في المشي ولم يلحقه هو وكثير منهم
يقف معه فانه الحج والحاصل ان في ذلك الموضع لو قبلت الشهادة لفات
الحج على البعض دون البعض فيلغى الشهادة ولو ظهر الخطا في صلوة

[illegible]

العيدين فبان انهم صلوا بعد الزوال فعن ابي حنيفة بذلك روايات ذكر البلخي
عنه انهم لا يخرجون من الغد اما في الفطر فلفوات ومنها واما في الاضحى
فلفوات السنة وذكر محمد انهم يخرجون اما في الفطر فلمكان العذر
واما في الاضحى فلبقاء الوقت وفي رواية يخرجون في الاضحى دون الفطر
فلو لم يخرجوا اما الصحيح انه يخرجهم للعذر ذكره قاضي خان قوله
ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة وهي جمرة العقبة
ولم يرم الاولى وهي التي تلي مسجد الخيف فان رمى الاولى ثم اعاد الوسطى
والثالثة فحسن لمراعاة الترتيب المسنون وهو قول عطا والحسن
البصري والترتيب عند الائمة الثلثة شرط وليس لهم دليل على ذلك
الا فعله عليه السلم وقاسوا على السعي فانه مرتب على الطواف
وعلى البداة بالصفا ولنا ان كل جمرة عبادة مقصودة بنفسها فلا
يتعلق جوازها بفعل غيرها ولا تتقدمه عليها كما لو ترك وظيفة اليوم
بكمالها ورمى ما بعدها ويدل عليه قوله عليه السلم افعل ولا حرج
وفعله عليه السلم دليل السنة والاستحباب ولا يدل على الفرضية
والشرط ولهذا اجاز ابن حنبل وغيره ترك حصاة وحصاتين من السبعة
والسعي تبع للطواف والبداة بالصفا عرفت بالنص لا بفعله عليه
السلم وان رمى الاولى وحدها اجاز وقد ترك الترتيب وهو سنة وانما
يرميها في ايام الرمي لا بعد خروجها وهو نظير ترك الطواف على الحطيم
عندنا فان اعاد الطواف كله فحسن فان اقتصر على اعادته في الحطيم جاز
لانه اتى بالمتروك ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف
طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وقاضي خان والصحيح
ما ذكرها هنا لانه التزم الحج بصفة الكمال لان المشي اشق على البدن فصار
كما لو نذر ان يصوم متتابعا وروي عن ابي حنيفة انه كره المشي في طريق الحج
فيكون الركوب افضل واتم ولهذا لو اوصى ان يحج عنه لا يحج عنه الحج ماشيا وفي
العيون وعمدة المعنى المامور بالحج اذا حج ماشيا فالحج له ويضمن النفقة لان الحج

المعروف بالزاد والراحلة فانصرفت الوصية اليه والحج راكبا افضل من الحج
ماشيا وفي الحواشي وهذا اشارة الى الوجوب المشي فان قيل كيف يجب
المشي بالنذر والالتزام وشرطه ان يكون من جنسه واجبا لله تعالى مقصودا
فالجواب ان المشي واجب على الفقير الذي لا يملك الراحلة وهو يستطيع المشي
الى عرفات وبطواف الافاضة ينتهي الاحرام كله الا النساء وطواف الصدر
للتوديع وليس باصل في الحج حتى لا يجب على من لا يودع كالمكي وغيره ولو ركب
اراق دما لانه ادخل النقص في حجه على ما نعلم وقد وردت اثار بفضل
المشي في طريق الحج وانما كره ابو حنيفة الجمع بين المشي والصوم لانه اذا
فعل ذلك يسوء خلقه فيجادل رفقته ويحتاج الى الاستعانة بهم
ويعجز عن اعانة رفقائه فاذا لم يكن كذلك فالمشي افضل ثم لم يذكر في
الكتاب من اي موضع يلزمه المشي من اصحابنا من يقول يمشي من
الميقات لانه يحرم منه والاصح انه يمشي من بيته لانه هو المراد
في العرف واليه قاضي خان في الكتاب لان الظاهر انه هو المراد
وفي المبسوط هو الصحيح وان احرم من بيته فلا اشكال انه يمشي من
بيته وان ركب في الكل فعليه بقدره من قيمة الشاة الوسط وقال
الفقيه ابو جعفر الهندواني انما يطلق له الركوب اذا كانت المسافة
بعيدة بحيث لا يبلغ الا بمشقة عظيمة فاما اذا كانت المسافة قريبة فلا
يجوز له الركوب وفي الكتاب قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة
وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي
ان لا يركب قلت هذا لا يمنع جواز الركوب وقد قال ابو جعفر لا
يجوز له الركوب وفي البخاري عن انس انه عليه السلم رأى شيخا يهادى
بين ابنيه قال ما بال هذا قالوا نذر ان يمشي قال ان الله عن تعذيب هذا
نفسه لغني وامره ان يركب وعن مالك يلزمه المشي فان ركب كثيرا يعيد
المشي فيمشي ما ركب فان كان اقل من يوم وليلة يجزيه الفدية وقال الشافعي
يلزمه المشي بالنذر وفي حديث عقبة بن عامر ولهذا هذا في شرح البخاري

وهو قول علي وابن عمر والحسن ذكره ابن بطال قوله ومن باع
جارية محرمة وقد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وفي
بعض النسخ او يجامعها فالاول يدل على انه يحللها بغير جماع بقص شعر
او تقليم ظفر ونحو ذلك ثم يجامعها والثاني انه يجامعها والتحليل
يحصل بمقدمات الجماع كاللمس بشهوة والتقبيل والاولى ان يحللها
بغير جماع ثم يجامعها تعظيما لامر الحج وقال زفر ليس له ان يحللها لان
احرامها عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لا يتمكن من فسخ
نكاحها ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان له فسخه بعد
اذنه فكذا المشتري الا ان البائع كره له اسقاط حقه بالاذن لها
في الاحرام ولم يوجد ذلك من المشتري الا انه يكره للبائع لما فيه من
خلف الوعد ولا كراهة للمشتري لعدم الوعد منه وتركه اولى لمكان
الخلاف والنكاح باذنه عقد لازم لا يجوز للبائع فسخه فكذا المشتري
وقد استوفينا الكلام على هذه المسألة بفروعها في باب الاحصار
فلا نعيده هنا ذنب لواحق لم يذكر في الكتاب اللاحقة الاولى لا باس
باخراج حجارة الحرم وترابه الى الحل عندنا وقال الشافعي لا يجوز اخراجهما
ولذا قال المحاملي في كتابيه المجموع والتجريد وتابعه صاحب البيان
وقال ابو حامد والبندنيجي والقاضي حسين والبغوي والرافعي يكره
وكذا ادخال تراب الحل الى الحرم قال البيهقي عن الشافعي فيما بلغه عن ابن
عمر وابن عباس انهما كرها اخراجهما وهو قول ابن حنبل في اخراجهما
وادخالها واجمعوا على اباحة اخراج ماء زمزم لنا العادة الظاهرة
الجارية فيما بين الناس من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم باخراج
القدور والكيزان والبرام والاباريق ونحوها من الحرم من غير نكير
فهو كالاجماع والعادة احدى الحجج ولان الانتفاع بها يجوز في الحرم وما
ابيح الانتفاع به في الحرم يباح اخراجه كماء زمزم والحنطة والشعير
وسائر الاقوات ولان الشافعي يجوز بيع رباعها وهي مركبة من التراب

والحجارة ومن اخذ شيئا كان له ان يرده ثم قال المحاملي وغيره فان اخرجهما
فلا ضمان عليه وقال الماوردي ان اخرجهما فعليه اعادتهما الى الحرم
واما الاثر فقد قال لم يرو عنهما في الصحيح قلت هو من رواية
محمد بن اسحق فلا يحتج به لا سيما مع البلاغ رحمه الله الحبر ويجوز اخراج ماء زمزم
لما في حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسل الى سهيل بن
عمرو وهو بالمدينة ان اهد لنا من ماء زمزم فبعث اليه بمزادتين وعن
عائشة رضي الله عنها كانت تحمل ماء زمزم وتخبر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يفعله رواه الترمذي وقال حديث حسن ورواه الحاكم
في المستدرك وقال صحيح الاسناد وكان عليه السلام يصب ماء زمزم
على المرضى ويسقيهم وعن عائشة انها حملته في القوارير وعنه
عليه السلام انه حمله في الاداوى والقرب ذكره في الامام اللاحقة
الثانية لا ياخذ شيئا من استار الكعبة وما سقط منها الى الفقراء
ثم لا باس ان يشترى منهم ذكره في الكرماني وقال صاحب التلخيص
من الشافعية لا يجوز بيع استار الكعبة ولا قطع شيء منها ولا نقله ومن
حمل شيئا منها لزمه رده وذكر ابن الصلاح ان الامر فيها الى الامام
يصرفها الى بعض مصارف بيت المال بيعا وعطاء وذكر الازرقي ان
عمر بن الخطاب كان ينزع كل سنة كسوة البيت فيقسمها على الحاج
قال النووي هذا مستحسن لئلا يتلف بطول الزمان وعن ابن عباس
وعائشة وام سلمة يجعل ثمنها في سبيل الله والمساكين ذكره ابو
الوليد الازرقي في اخبار مكة اللاحقة الثالثة اعلم ان مكة شرفها
الله تعالى افضل الارض وبه قال اصحابنا وعلماء مكة والكوفة والبصرة
والشام وهو قول الشافعي واصح الروايتين عن ابن حنبل واختاره
ابن وهب وابن حبيب من المالكية قال ابن حزم في المحلى روى القطع
بفضل مكة على المدينة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جابر وابو
هريرة وابن عمر وابن الزبير وعبد الله بن عدي خمسة من الصحابة

مكة مدينون في غاية الصحة قال وهو قول جميع الصحابة وقال مالك وجماعة
المدينة افضل من مكة هذا ذكره النواوي وقال صاحب المقدمات
اجمع اهل العلم على فضلهما على غيرهما قال وعند عبد الوهاب وبعض
المالكية المدينة افضل من مكة والاول اظهر فاعلم ان للتفضيل
عشرون سببا احدها بالذات كتفضيل الواجب على الممكن والعلم على
الجهل وثانيها بالصفة الحقيقية كتفضيل العالم على الجاهل وثالثها
بطاعة الله تعالى كتفضيل المومن على الكافر ورابعها بكثرة الثواب
الواقع في المفضل كتفضيل خواص بني ادم على الملائكة وتفضيل
ليلة القدر وخامسها بشرف الموصوف ككلام الله تعالى
على كلام غيره من المخلوقين وسادسها بشرف الصدور كتفضيل
الفاظ القران على الفاظ رسول الله صلى الله عليه وسلم في حسن وصفهما
ونظمهما وسابعها بشرف المدلول كتفضيل الاذكار الدالة
على ذات الله تعالى وصفاته العلا واسمائه الحسنى وثامنها
بشرف الدلالة كشرف حروف القران الدالة على الكلام النفساني
وتاسعها بالتعلق كتفضيل العلم على القدرة والارادة لتعلق
العلم على الحياة وان كانا صفتي كمال وعاشرها بكثرة التعلق كتفضيل
العلم على القدرة والارادة لتعلق العلم بالواجب والجائز والمستحيل
اختصاصهما بالجائزات وتفضيل الارادة على القدرة لتناولها الايجاد
والاعدام واختصاص القدرة بالايجاد وتفضيل البصر على السمع لتعلقه
بسائر الموجودات واختصاص السمع بالاصوات وحادي عشرها
بشرف المتعلق كتفضيل العلم المتعلق بذات الله وصفاته على غيره
من العلوم وتفضيل الفقه على الطب لتعلقه برسائله واحكامه
وثاني عشرها بالمجاورة كتفضيل جلد المصحف على سائر الجلود فلا
يمسه الا متوضئ وانشدوا
من عاشر الاشراف صار مشرفا ومعاشر الاراذل غير مشرف

او ما ترى الجلد الحقير مقبلا بالثغر لما صار جلد المصحف
وثالث عشرها بالحلول كتفضيل قبره عليه السلام على سائر البقاع
ورابع عشرها بالاضافة فاكتسب المضاف الشرف من المضاف
اليه كقوله تعالى اولئك حزب الله ومثله بيت الله وخامس عشرها
بالانساب كتفضيل ذريته عليه السلام على سائر الذراري
بعده ونسائه على سائر النساء وسادس عشرها بالثمرة
وتعدي النفع كتفضيل العالم على العابد وسابع عشرها
بكثرة الثمرة كتفضيل الفقه على الهندسة وثامن عشرها
بالنتايج كتفضيل الحيا على الحكمة فانه يحفظ صاحبه على ترك
القبايح وكتفضيل الشجاعة على الجبن وتاسع عشرها بالقوة
السنة وجودة التركيب كتفضيل البحر في اكسبهم والموفي عشرين
بتفضيل الله تعالى احد المتساويين على الاخر كتفضيل شاة الزكوة
والاضحية على شاة التطوع وصلوة الفرض على صلوة النفل وحج
الفرض على حج التطوع وقراءة القران والاذكار في الصلوة على مثلهما
خارج الصلوة ولنقتصر على هذا القدر من الاسباب خشية
الاطالة والاسباب هذه الاسباب قد تتعارض فيكون الافضل
من حاز اكثرها وافضلها ويقع التفضيل بين المجموعات وقد يخص
المفضول ببعض الصفات ولا يقدح ذلك في التفضيل كقوله عليه
السلام افضلكم علي واقراكم ابي وافرضكم زيد واعلمكم بالحلال والحرام
معاذ بن جبل مع فضل الصديق على الجميع وكاختصاص بعض الانبيا
بامور مع ان النبي عليه السلام افضل من الكل وقيل ان الخطاب كان
لجماعة على يديهم ولمن مثلهم وفي دونهم ولا اشكال على هذا والدليل
على ان مكة افضل بلاد الله وافضل ارض الله من القيس وجوها
وزيادة الوجه الاول ان مكة يجب الحج اليها بالاجماع والعمرة على الخلاف
ولا كذلك المدينة الوجه الثاني تكرر مبعوثا من الانبيا والمرسلين

وما من نبي الا حجها ادم فمن دونه من الانبيا والاوليا والصالحين ولو كان
للملك داران فاوجب على عبيده ان ياتوا احدها دون الاخرى ووعدهم
على ذلك الغفران سيئاتهم ورفع درجاتهم واسكانهم في قربه وجواره
في افضل دوره لم يرتب ذو لب ان اهتمامه بها اتم من اهتمامه بغيرها
من دوره وسوته الوجه الثالث ان التقبيل والاستلام
ضرب من الاحرام وهما مختصان بالركنين اليمانيين ولم يوجد
مثله في مسجد المدينة الوجه الرابع اوجب الله تعالى علينا
استقبالها في الصلوات حيث ما كنا من البلاد وعلى اهل المدينة
ولم يجوز لهم استقبال مسجد المدينة الوجه الخامس نهانا
عن استقبال القبلة واستدبارها في البول والغايط الوجه
السادس ان الله حرمها يوم خلق السموات والارض فلم تحل لاحد
من الرسل ولا الانبيا الا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فانه احلت له ساعة
من نهار على ما ثبت في الصحيح الوجه السابع ان الله تعالى
بواها لابرهيم الخليل ولاسماعيل الذبيح وجعلها مولدا لسيد المرسلين
الوجه الثامن جعلها حرما امنا في الجاهلية والاسلام ة
الوجه التاسع لا يدخلها احد الا بحجة او عمرة عند اكثر اهل
العلم الوجه العاشر قال عليه السلم من نظر الى الكعبة
ايمانا واحتسابا غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تاخر ذكره
الكرماني الوجه الحادي عشر وفضلت المدينة باقامته عليه
السلم بها عشر سنين وقد اقام بمكة ثلثا وخمسين سنة قبل النبوة
وبعدها الوجه الثاني عشر ان الكعبة اول بيت وضع للناس
ومسجد النبي عليه السلم وضع بعد الهجرة الوجه الثالث عشر
قال الله تعالى انما المشركون نجس ولا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا الوجه الرابع عشر قد اشتملت على اماكن يحط الذنوب
كالصفا والمروة ومنى والجمرات والمزدلفة وعرفات ولا يوجد ذلك

الشعاير والاماكن بالمدينة الوجه الخامس عشر عن ابن عباس
رضي الله عنهما عن النبي عليه السلم انه قال ينزل على هذا البيت في كل
يوم مايه وعشرون رحمة ستون للطايفين واربعون للمصلين وعشرون
للناظرين الوجه السادس عشر حديث عبد الله بن عدي بن
الحمرا انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو واقف على راحلته بمكة
يقول لمكة والله انك لخير ارض الله واحب ارض الله الى الله ولولا
اني اخرجت منك ما خرجت رواه النسايي والترمذي في جامعه
في كتاب المناقب وقال هذا حديث حسن صحيح الوجه السابع
عشر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة في مسجدي هذا افضل
من الف صلاة فيما سواه من المساجد الا المسجد الحرام وصلاة في المسجد
الحرام افضل من مايه صلاة في مسجدي رواه احمد بن حنبل قال النواوي
حديث حسن ورواه البيهقي باسناد حسن الوجه الثامن
عشر عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لما
عقر ثمود الناقة واخذتهم الصيحة لم يبق تحت اديم السما
منهم احد الا اهلكته الا رجلا واحدا كان في حرم الله فلما خرج
اصابه ما اصابهم فمنعه الحرم حتى خرج منه ومثل هذه الكرامة
لا يوجد في غيره وفيه فقالوا من هو يا رسول الله قال ابو رغال
ابو ثقيف خرجه احمد وابو حاتم الوجه التاسع عشر حبس
الله اصحاب الفيل الذين قصدوا خراب الكعبة كما نطق القران وقد
اهلكهم عن اخرهم لحرمة الكعبة ولا يوجد مثلها لغيرها ة
الوجه الموفي عشرين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استعمل
عتاب بن اسيد على مكة واليا وقاضيا قال يا عتاب اتدري على
من استعملتك استعملتك على اهل الله فاستوص بهم خيرا يقولها
ثلثا اخرجه ابو الفرج في مثير العزم فدل على شرف البقعة واهلها
الوجه الحادي والعشرون عن ابن مسعود رضي الله عنه

قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثنية المقبرة وليس بها يومئذ
مقبرة فقال يبعث الله من هذه البقعة ومن هذا الحرم سبعين ألفاً
يدخلون الجنة بغير حساب يشفع كل واحد منهم في سبعين ألفاً
وجوههم كالقمر ليلة البدر فقال أبو بكر منهم يا رسول الله فقال
العز خرجه أبو حفص الملائي في سيرته الوجه الثاني
والعشرون عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال من قبر بمكة مسلماً
بعث آمناً يوم القيامة ذكره أبو الفرج ولا يعرف هذا الإسناد
فهو كالمرفوع الوجه الثالث والعشرون عن ابن عباس
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أدرك شهر رمضان بمكة
فصامه وقام فيه ما تيسر له كتب له مائة ألف شهر رمضان
فيما سواه الحديث خرجه ابن ماجة والحافظ أبو حفص والله أعلم
الوجه الرابع والعشرون قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
في غزوة الحديبية إذ بركت ناقته فقال الناس خلأت القصواء فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما خلأت وما هو لها بخلق ولكن حبسها حابس
الفيل ولما توقفت عن المشي وتقهقرت ظنوا أن ذلك الخلاء في خلقها
وهو مثل الحران للفرس فقال عليه السلام ما بها حران وإنما حبسها
الله تعالى كما حبس الفيل عن مكة أتاها على أهلها لأجل حرمة الحرم
ذكره عياض في مشارق الأنوار وابن حزم في المحلى يقال خلأت
الناقة إذا بركت فلم تبرح الوجه الخامس والعشرون قال
الله تعالى أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود ولم يوجد
أمر الله تعالى بمثله في غيره الوجه السادس والعشرون
أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الله تعالى حرمها يوم خلق السموات
والأرض ولم يحرمها الناس فدل على أن حرمتها قديمة وإنما يحرم الله
تعالى لا يحرم الناس على أن حرمة المدينة الوجه السابع
والعشرون عن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع

الا اي شهر تعلمونه أعظم حرمة قالوا الا شهرنا هذا قال اي بلد
تعلمونه أعظم حرمة قالوا الا بلدنا هذا قال إن الله تعالى حرم
عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا في
بلدكم هذا في شهركم هذا ألا هل بلغت ثلاثاً كل ذلك يجيبونه ألا نعم
والحديث في غاية الصحة ومثله في حديث جابر وابن عمر يشهد
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرر الناس على أي بلد هو أعظم
حرمة فأجابوه بأنه مكة وصدقهم في ذلك وهذا إجماع من جميع
الصحابة قال ابن حزم فمن خالف هذا فقد خالف الإجماع فصح بالنص
والإجماع أن مكة أفضل من المدينة وغيرها لأن ما كان أعظم حرمة
كان أفضل بلا شك الوجه الثامن والعشرون عن سفيان
الثوري عن أسلم المنقري قال قلت لعطاء أي مسجد النبي عليه
السلام فأصلي فيه قال فقال لي عطاء طوفة واحدة أحب إلي من
سفرك إلى المدينة وهذا لا يعرف لعطاء إلا بالسماع ذكره في
المحلى وفي مناسك الكرماني الوجه التاسع والعشرون
ذكر في خالصة الحقائق أن مقام إبراهيم عليه السلام والحجر الأسود
يقولان للنبي عليه السلام استشفع أنت لمن زارنا فإنا نشفع لمن زارنا
لمن حج
الوجه الموفي ثلاثين أن الله سبحانه ذكر المسجد الحرام في
القرآن وعظمه ولم يذكر مسجد المدينة ولو كان ذكره له إلا لفضله
على غيره الوجه الحادي والثلاثون لم يشرع للمدينة حرم
يجب به ضمان صيده وشجره وحشيشه على ما يذكر محله إن
شاء الله فإن ذلك مجمع عليه في حرم مكة الوجه الثاني والثلاثون
في الخالصة من مات في طريق مكة مقبلاً أو مدبراً غفر الله له السلم
ويشفع في سبعين من أهل بيته وعن أبي الدرداء قال سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يعذب الله قدمين مشتا إلى
بيت الله الحرام وعنه من مات في طريق مكة لم يعرض ولم يحاسب

وروي انه في زمن الطوفان لم ياكل الحيتان الكبار صغارها في ارض الحرم
ذكر هذه الثلاثة في خلاصة الحقائق لشمس الدين سبط ابن الجوزي
الوجه السادس والخمسون ان الله تعالى جعل فيه آيات بينات
مقام ابرهيم ومن دخله كان آمنا والمقام قيل الكرسي الذي كان لادم
وقام عليه ابرهيم حين ارتفع بناء الكعبة وهو الذي فيه قدماه
وقيل الحج كله لانه مقامات في عرفة والمزدلفة لقيام الناس
فيهما للدعاء وعن ابن عباس الآيات البينات مقام ابرهيم والمشعر
الحرام والصفا والمروة والركن والحجر والملتزم ومن آياته ان الطير
يتبع الطير فاذا دخل الحرم تركه ولا يعلوا البيت الا للاستشفاء ومن
آياته المطر اذا عم الاركان عم الخصب وان خص ركنا كان الخصب
لناحيته ومن آياته ان الجمار ترمى كل عام وترى على حالها ومن
آياته اهلاك اصحاب الفيل وقيل كان آمنا من النار السابع
والخمسون منع الكافر من دخوله مقيما كان او مارا عند الجمهور واتفقوا
على منعهم من الاستيطان بها بخلاف المدينة ولا يدفن بها مشرك
الثامن والخمسون لو نذر المشي الى بيت الله او الى مكة لزمه الذهاب
اليها لحج او عمرة بخلاف غيرها التاسع والخمسون تجوز جماعة من
العلماء النوافل فيها في اوقات الكراهة لحرمة المكان بخلاف غيرها
الوجه الموفي اربعين عن جابر انه عليه السلم قال من خرج
يومه من خارج او معتمرا زائرا كان مضمونا على الله ان قبضه ان يدخله الجنة
وان رده رده باجر وغنيمة رواه عبد واخرجه الطبري وقال حديث حسن
غريب والزيادة على الاربعين تقدمت في فضائل الحج في اول كتاب الحج
في المحلى مكة افضل بلاد الله تعالى يعني الحرم وحده ولم يقع عليه اسم عرفات
قط وبعدها مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني حرمها وحده ثم بيت
المقدس يعني المسجد الاقصى وحده وقال القاضي عياض المالكي موضع
دفنه عليه السلم افضل البقاع بالاجماع والخلاف فيما سواه واحتج

المالكية بوجوه احدها في المقدمات لابن رشد المالكي ما روي عنه عليه
السلم انه قال المدينة خير من مكة قال وهو نص في الباب قلت
ولا اصل له قال ابن حزم احتجوا على ذلك باحاديث موضوعة كما ذكره
في المحلى في شرح المحلى ويرد عليه انه لو ثبت فهو مطلق فيحمل ان يكون
خيرا منها في سعة الرزق والمتاجر ثم تعين محل النزاع الثاني
انه عليه السلم كان يقول اللهم بارك لنا في ثمارنا وبارك لنا في مدينتنا
وبارك لنا في صاعنا ومدنا اللهم ان ابرهيم الخليل دعاك لمكة واني
ادعوك للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه وهو حديث صحيح
قال ابن حزم لا حجة لهم فيه على فضل المدينة على مكة وانما فيه
الدعاء للمدينة بالبركة ونحن نقر والله مبارك وانما دعا ابرهيم لمكة
بان يجعل افئدة الناس تهوي اليهم وان يرزقهم من الثمرات ولا شك
ان الثمرات بالمدينة اكثر ولم يدع للمدينة بهوي افئدة الناس اليها وكان
دعاؤه عليه السلم للمدينة بمثل ما دعا به ابرهيم لمكة ومثله
معه انما كان في الرزق من الثمرات وليس هذا من الفضل في
شيء وفي الذخيرة المالكية يرد عليه ان مطلوبه للدعوة فيحمل
على ما صرح به في الحديث وهو الصاع والمد والثمار الثالث تعلقوا
بحديث موضوع من رواية محمد بن الحسن بن زبالة الكذاب انه قال
عليه السلم اللهم اخرجتني من احب البقاع الي فاسكني احب البقاع
اليك ولذا الذي نقله من نقله وهو موضوع كما ذكره ابن حزم
في المحلى ويرد عليه ان السياق ياتي بدخول مكة فيما الفضل عليه لانه
عليه السلم سماها في ذلك الوقت فكان المعنى فاسكني احب البقاع
اليك غيرها او هو من مجاز وصف المكان بصفة ما يقع فيه كما يقال
بلد طيب اي هواؤه والارض المقدسة اي يقدس من دخلها من الانبيا
والاولياء المقدسين من الذنوب وكذا الوادي المقدس اي يقدس موسى عليه
السلم فيه والملائكة الحالون فيه الرابع قوله عليه السلم للصحابة

علي لاوائها وشدتها احدا الا كنت له شفيعا او شهيدا يوم القيمة واللاوا
شدة الجوع والجواب عنه من وجهين احدهما يدل على فضلها
لا على فضلها وفيها النزاع وثانيهما مطلق في الزمان فيحمل على زمانه عليه
السلم ولهذا خرج منها اكثر الصحابة الى الكوفة والبصرة والعراق
والشام ومصر واليمن وخامسها قوله عليه السلم ان الايمان
ليارز الى المدينة كما يارز الحية الى جحرها اي تاوي اليها ولا حجة فيه
لانه كالعبارة عن سالف الناس المومنين بها بسبب وجود رسول
الله صلى الله عليه وسلم فيها ومهاجرتهم اليها لاجله في حال حيوته
فلا عموم له ولا بقا لهذه الفضيلة بخروج الصحابة عليه السلم منها
بعده وسادسها قوله عليه السلم كالكير ينفي خبثها وينصع طيبها
وعنه عليه السلم انها تنفي شرارها كما ينفي الكير خبث الحديد ولا
حجة فيه على فضلها على مكة لان ذلك في وقت دون وقت وفي قوم
دون قوم وفي خاص دون عام وبرهان ذلك انه عليه السلم
لا يقول الا الحق وما نعلم ان اهل المدينة مردوا على النفاق
والمنافقون اخبث خلق الله وكانوا بالمدينة وقد خرج منها علي
وطلحة والزبير وابو عبيدة وابن مسعود ومعاذ وابو موسى
الاشعري واخرون نعدهم من اطيب الخلق وسابعها قوله
عليه السلم ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة
وجوابه انه يدل على فضل ذلك الموضع لا المدينة وثامنها
قوله عليه السلم يفتح اليمن فياتي قوم يبسون باهلهم ومن اطاعهم
والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون وذكر مثل هذا حرفا حرفا في فتح
الشام وفتح العراق وجوابه انه قال عليه السلم ذلك في ترك
الرحيل وهذا لا شك فيه وليس فيه فضلها على مكة ولا ذكرها
وتاسعها قوله صلى الله عليه وسلم امرت بقرية تاكل القرى
يعني ان المدينة يفتح منها القرى والدنيا كلها وليس فيه فضلها

على مكة وقد فتحت خراسان وسجستان وفارس وكرمان من البصرة
وليس ذلك دليلا على فضل البصرة على مكة وعاشرها قوله
عليه السلم لا يكيد احد اهل المدينة الا انماع كما ينماع الملح في الما
اي سال وذاب ويروى انماع وقوله عليه السلم لا يريد احد اهل
المدينة بسوء الا اذابه الله في النار ذوب الرصاص او ذوب الملح
في الما ومن اخاف اهل المدينة اخافه الله وعليه لعنة الله والملائكة
والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا وهذا انما فيه وعيد
على من كاد اهلها ولا يحل لكيد مسلم وليس فيه انها افضل من مكة
وقد قال الله تعالى في مكة ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من
عذاب اليم وحادي عشرها قوله عليه السلم على انقاب
المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال وقد جاء في مكة انه
لا يدخلها الدجال ذكره في المحلى ولا يدل ذلك على انها افضل
من مكة لان هذا كلها موهوبة وثاني عشرها قوله عليه السلم اللهم
حبب الينا المدينة كحبنا مكة او اشد اللهم صححها وبارك لنا في صاعها
ومدها وانقل حماها الى الجحفة فكان المولود يولد بالجحفة فما يبلغ حتى
تصرعه الحمى اخرجاه وكانت الجحفة دار اليهود قاله الخطابي وثالث
عشرها عن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم صلوة الجمعة بالمدينة كالف صلوة فيما سواها اخرجه
الحافظ ابو الفرج في مثير الغرام ورابع عشرها قوله عليه
السلم لما خرج الى البقيع اللهم اغفر لاهل بقيع الغرقد اخرجه مسلم
في صحيحه وخامس عشرها عن ابن عمر رضي الله عنهما قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا اول من تنشق عنه الارض ثم ابو بكر
ثم عمر رضي الله عنهما ثم اتي اهل البقيع فيحشرون معي ثم انتظر اهل مكة
بين الحرمين اخرجه في مثير الغرام الساكن وسادس عشرها
عن النبي عليه السلم انه قال الصلوة في مسجد قبا كعمرة اخرجه احمد

والترمذي وفي كلامه ما يدل على انه صحيح وهذه الاحاديث تدل على فضل
هذه الاماكن ولا شك انها اماكن شريفة وليس في ذلك ما يدل على انها افضل
من مكة شرفها الله تعالى والحصة الرابعة زيارة قبر سيدنا
ومولانا رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا انصرف الحجاج والمعتمرون
من مكة فليتوجهوا الى طيبة مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم وزيارة
قبره صلى الله عليه وسلم فانها من انجح المساعي وقد روى الدارقطني عن
ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زار قبري وجبت له
شفاعتي وروي عنه عليه السلام انه قال من زار قبري وجبت
له الجنة وعنه عليه السلام من حج فزار قبري بعد وفاتي فكانما
زارني في حياتي رواه الدارقطني عن ابن عمر وفي الدحيس العراقية
فذكره مالك ان يقال زرنا قبر النبي عليه السلام وان يسمى ذلك زيارة
وقال صاحب التهذيب لان شان الزائر التفضل والتفضل لا يكون على
المزور وقيل لان الزيارة تشعر بالاباحة وزيارته عليه السلام سنة
مولد ويرد عليه الاحاديث المتقدمة فانه نص فيها على الزيارة وما
قالوه غير مسلم بل المطلوب الظاهر من زيارة قبور الانبياء والاولياء
التبرك بزيارتهم والتملي ببركتهم ولا يقصد بسببها التفضيل عليهم وقولهم
الزيارة تشعر بالاباحة باطل لا اصل له ويصلي في طريقه في المساجد
التي بين مكة والمدينة وهي عشرون مسجدا ذكر ذلك الكرماني في مناسكه
ويكثر في طريقه من الصلوة والسلام على النبي عليه السلام فاذا وقع
بصره على اشجار المدينة زاد في الصلوة والتسليم وينبغي له ان يغتسل
عند دخولها ويتوضا كما قلنا في مكة ويتطيب ويلبس انظف اثوابه
والجديد افضل ويقدم رجله اليمنى في الدخول واليسرى في الخروج
ويكون فيه متواضعا مع السكينة والوقار ويقول بسم الله وعلى ملة
رسول الله رب ادخلني مدخل صدق واخرجني مخرج صدق واجعل
لي من لدنك سلطانا نصيرا ويكون دخوله المسجد من باب جبريل او

غيره ويتوجه الى الموضع الذي فيه منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيصلي فيه تحية المسجد مستقبلا للسارية التي فيه ويكون عمود
المنبر بحذاء منكبه الايمن فانه موقف النبي عليه السلام قال الكرماني
ويسجد بعدها سجدة شكرا لله تعالى على وصوله الى تلك البقعة الشريفة
والروضة المنيفة فان خاف فوت المكتوبة بدا بها ولقته عن تحيته وبعد
هذا ينهض الى قبر النبي صلى الله عليه وسلم ويقف عند راسه
الكريم غاض الطرف في مقام الهيبة والاجلال ويستحضر في قلبه جلالة
موقفه ومنزلة من هو بحضرته ويمثل صورته الجليلة وحضرته الكريمة
في عينه انه موضوع في لحده بازائه كالنائم وانه عالم بحضوره وقيامه
وزيارته ويسمع كلامه وسلامه ويقف عنده مستقبل القبلة بينه
وبين القبر اربع اذرع ولا يضع يده على الحظير ولا يقبلها ولا يجوز ان
يطاف بقبره عليه السلام ويكره الصاق البطن والصدر والظهر
بجدار قبره عليه السلام ويكره مسحه باليد وتقبيله هكذا ذكره النووي
الشافعي ومثله في المغني لابن قدامة الحنبلي ثم يتقدم قدر رمح او اقل
كذا عن ابي الليث قال الكرماني عن اصحابنا واصحاب الشافعي وعن
انه يقف وظهره الى القبلة ووجهه الى الحظيرة وهو قول ابن حنبل والصحيح
الاول لانه جمع بين العبادتين وخير الامور ما استقبلت به القبلة
ويضع يمينه على شماله كما في الصلوة ولا يرفع صوته بل يقتصر فيقول
السلام عليك يا سيد المرسلين وامام المتقين وخاتم النبيين ورسول رب
العالمين السلام عليك يا خير الخلائق اجمعين السلام عليك يا قائد الغر
المحجلين السلام عليك يا نبي الرحمة السلام عليك يا سيد الامة السلام
عليك يا طاهر السلام عليك يا شاهد السلام عليك يا عاقب السلام عليك
يا بشير السلام عليك يا نذير السلام عليك يا سراجا منيرا السلام عليك يا
شفيع السلام عليك يا فاتح الخير وابا السلام عليك وعلى اهل بيتك وازواجك
واصحابك اجمعين جزاك الله عنا افضل ما جزى نبيا عن قومه ورسولا عن امته

اشهد انك قد بلغت الرسالة واديت الامانة ونصحت الامة وازحت
الغمة وجاهدت في الله حق جهاده حتى اتاك اليقين ونحن وفدك يا
رسول الله جئناك من بلاد شاسعة وامكنة بعيدة نقطع اليك
السهل والجبل والمفاوز والمهامه وقصدنا بذلك قضا حقك ورجا
فضلك والنظر الى ماثرك والتيمن بزيارتك والتبرك بالسلام عليك
والاستشفاع بك الى ربنا فان خطايانا قد قصمت ظهورنا واوزارنا
قد اثقلت كواهلنا وانت الشافع المشفع وقد قال الله تعالى ولو انهم
اذ ظلموا انفسهم جاؤك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول
لوجدوا الله توابا رحيما وقد جئناك يا حبيب الله ظالمين لانفسنا
مستغفرين لذنوبنا فاشفع لنا الى ربنا واسال الله ان يميتنا على سنتك ويحشرنا
في زمرتك ويوردنا حوضك ويسقينا بكاسك غير خزايا ولا ندامى
يا رسول الله الشفاعة الشفاعة الشفاعة فان عجز عن حفظ ذلك
او ضاق وقته اقتصر على بعضه واقله السلام عليك يا رسول الله السلام
عليك يا ابا بكر الصديق وعن مالك رحمه الله انه يقول السلام عليك ايها
النبي ورحمة الله وبركاته وعن ابن عمر انه كان اذا قدم من سفر اتى القبر
فقال السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا ابا بكر الصديق السلام
عليك يا ابتاه فان كان احد من المسلمين اوصى بتبليغ سلامه اليه يقول السلام
عليك يا رسول الله من فلان بن فلان يستشفع بك الى ربك ويسال المغفرة والرحمة
ثم يتاخر عن يمينه قدر ذراع الى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم
وصاحبه ابي بكر الصديق رضي الله عنه فان راسه عند منكب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ويواجهه ويسلم عليه ويشير بيده اليه
فيقول السلام عليك يا خليفة رسول الله ورفيقه في الغار وصاحبه
في الاسفار السلام عليك يا علم المهاجرين والانصار وامين رسول
الله صلى الله عليه وسلم على الاسرار اشهد انك ما زلت على طريقه
وسنته قائما بالحق والعدل في امته وكفلت الايتام ووصلت الارحام

فجزاك الله عن نبيه وعن سائر المسلمين خيرا فنسال الله ان يميتنا على محبتك
ويحشرنا في زمرة نبينا وزمرتك كما وفقنا لزيارتك ثم يتاخر قدر ذراع
حتى يحاذي راس امير المومنين الاواب عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فان راسه عند منكبي ابي بكر الصديق رضي الله عنه فيسلم عليه
ويشير بيده اليه فيقول السلام عليك يا امير المومنين عمر بن الخطاب
السلام عليك يا من نطق بالصواب ووافق قوله محكم الكتاب السلام
عليك يا فاروق الامين الذي اظهر الله به الدين وكمل به الاربعين
واستجاب فيه دعوة خاتم النبيين ثم ورد على ربه شهيدا وخرج
من الدنيا حميدا فجزاك الله عن نبيه وخليفته وامته افضل
الجزا ورضي عنك احسن الرضا ثم يتقدم قدر نصف ذراع ويقف
بين الصديق والفاروق ويقول السلام عليكما يا ضجيعي رسول
الله صلى الله عليه وسلم السلام عليكما يا صاحبي رسول الله السلام
عليكما يا وزيري رسول الله المعاونين له في الدين والعاملين بسنته
حتى اتاكما اليقين فجزاكما الله خيرا جئناكما زائرين لنبينا وصديقنا
وفاروقنا ونحن نتوسل بكما الى رسول الله ليشفع لنا ثم يدعو
لنفسه ولوالديه ولاهله ولاصحابه واحبابه وللمومنين والمومنات
ويسال حاجته ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في اخره ثم يرجع
فيقف بين المنبر والاسطوانة ويستقبل القبلة في الدعاء ويرفع
يديه ويخلص النية والرغبة ويحمد الله ويكثر من الصلاة على النبي
ثم ياتي الى الاسطوانة التي ربط ابو لبابة نفسه بها وهي بين القبر والروضة
ويصلي ركعتين عندها ويسال الله التوبة والمغفرة ثم ياتي الروضة بين
القبر والمنبر فيصلي فيها ما تيسر ويكثر الدعا وهو ساجد ويكثر
من التسبيح والذكر والثنا على الله والاستغفار والشكر حيث وفقه
لهذا الفتوح وهذه الكرامة وقد ثبت في الصحيحين عن ابي هريرة رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما بين قبري ومنبري روضة من رياض

الجنه ومنبري على حوضي ويقف عند المنبر ويدعو ويضع يديه على
الرمانه ويصلي على النبي عليه السلم ويسال الله تعالى رضوانه
ورحمته ويتعوذ من سخطه وعقوبته ثم ياتي الاسطوانه الحنانه
فيحتضنها وهذا تمام الزيارة ويجتهد ان يبيت في مسجد رسول الله صلى
الله عليه وسلم ويحيي ليلته فيه بقراة القران وذكر الله ويكثر
التردد الى قبره عليه السلم والله اعلم بالصواب واليه الماب وهو الى الارباب
فصل صورة هذه القبور الثلاثه وقيل هذا

النبي عليه السلام
ابو بكر الصديق رضي الله عنه
عمر بن الخطاب رضي الله عنه

وقيل صورتها هذا

النبي عليه السلم
ابو بكر عمر

والمشهور الصورة الاولى فاذا فرغ من ذلك يستحب له ان ياتي المشاهد
والمزارات مثل البقيع وفيه قبر امير المومنين عثمان بن عفان رضي
الله عنه في قبة وقبر العباس عم النبي صلى الله عليه وسلم وقبر الحسن
وعلي زين العابدين بن الحسين بن علي بن ابي طالب وقبر ابنه محمد الباقر
وابنه جعفر الصادق الاربعه في قبر واحد في قبة العباس وفيه
ابرهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قبر مفرد وقبر عقيل وجعفر
وقبور اربعة من ازواج رسول الله وقبر رومه ويزورهم كل يوم ويصلي
في مسجد فاطمه ويزور شهدا احد يوم الخميس ويلحق الظهر في مسجد النبي
عليه السلم وياتي مسجد قبا في كل يوم سبت فيدخله ويصلي فيه ركعتين
وياتي بير اريس التي تفل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وبير الحزي بقرب
المسجد فيتوضا منهما ويشرب من مايهما ثم ياتي مسجد الفتح على الخندق
ويزور جميع المشاهد بالمدينه وهي ثلثون موضعا يعرفها اهل المدينه وياتي

الابار التي كان عليه السلم يتوضا منها ويغتسل فيشرب من مايها اتباعا لرسول
الله صلى الله عليه وسلم وطلبا للشفا والبركة وهي سبع ابار فاذا عزم على الرجوع الى
اهله يستحب له ان ياتي قبر النبي عليه السلم ويعيد تلك الدعوات ثم يقول
غير مودع يا رسول الله نسالك ان نسال الله تعالى ان لا يقطع اثارنا من زيارتك
وحرمك وان يعيدنا سالمين غانمين الى وطاننا وان يبارك لنا فيما وهب من
الولد وحول من النعم ويرزقنا الشكر على ذلك اللهم لا تجعل هذا اخر العهد
من زيارة قبر نبيك فان توفيتني قبل ذلك فاني اشهد في مماتي مثل ما شهدت
به في حياتي لا اله الا الله وحده لا شريك له وان محمدا عبده ورسوله
ربنا اتنا في الدنيا حسنه وفي الاخرة حسنة وقنا عذاب النار سبحان
ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين ثم يتوجه
الى الروضة فيصلي فيها ما تيسر ويسال الله تعالى العودة بالسلامة والعافيه
وينبغي ان تخرج من عينه قطرات من الدموع فانها امارة القبول ثم يتصدق على
جيران رسول الله صلى الله عليه وسلم بما تيسر فصل انشد ابو الفضل
الجوهري في توديعه عليه السلم شعر

لو كنت ساعة بيننا ما بيننا وشهدت كيف نكرر التوديعا
لعلمت ان من الدموع محدثا وعلمت ان من الحديث دموعا

ولغيره رحمه الله

رفع الحجاب لنا فلاح لناظر قمر تقطع دونه الاوهام
واذا المطي بنا بلغن محمدا فظهورهن على الرجال حرام
قربننا من خير من وطي الثرى فلها علينا حرمة وذمام

وفي المشهور من كتب المناسك عن العتبي ان اعرابيا انشد عند قبر
رسول الله صلى الله عليه وسلم شعرا وهو

يا خير من دفنت بالقاع اعظمه فطاب من طيبهن القاع والاكم
نفسي الفدا لقبر انت ساكنه فيه العفاف وفيه الجود والكرم

ثم انصرف فقال العتبي فرايت النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا عتبي الحق الاعرابي

فبشره ان الله تعالى قد غفر له بشفاعتي فخرجت لطلبه فلم اجده
الا حصة الخامسة لا يحرم قتل صيد المدينة ولا قطع شجرها
ولا يجب الاحرام لدخولها في حق الافقي وغيره بلا نزاع وعند الائمة
الثلاثة للمدينة حرم ويحرم صيده وقطع شجره وقال ابن المنذر في الاشراف
قال مالك في المشهور والشافعي في الجديد واكثر من لقينا من علماء
الامصار لا جزاء على قاتل صيده ولا على قاطع شجره واوجب الجزاء ابن ابي
ليلى وابن ابي ذئب وابن نافع المالكي وهو القديم للشافعي واختاره ابن
المنذر وعن سعيد بن ابي وقاص انه كان ياخذ سلب القاتل او قاطع الشجر
ويثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين قال ابو بكر بن المنذر
لكن لم يقل به احد بعد من الصحابة الا ابن ابي ليلى والشافعي في القديم
قال النواوي المختار ترجيح القديم ووجوب الجزاء وهو سلب القاتل
ولهم فيه ثلثة اوجه احدها للقاتل كما في الحديث وثانيها للفقراء
ورجحه بعضهم وثالثها يكون لبيت المال وكلاهما خلاف الحديث لانه
جعله للقاتل ولم يعملوا بالحديث والمذهب عندهم في السلب انه كسلب
القتيل ويدخل فيه نفقته ومنطقته وثيابه وفرسه ويعطيه
ازارا يستر عورته به ثم يسترد منه وقال ابو حامد منهم من
لا يترك ما يستر عورته ويأخذ سلبه وان لم يتلف الصيد بل ارسله
من يده وقال ابن حنبل ياخذ ثيابه كلها حتى سراويله والظاهر لا ياخذ
فرسه بخلاف القتيل ذكره في المغني والجواب اخذ سلب احد العقور
والضبع بعد ارساله من غير قتل وسلبه ثيابه ونفقته ومنطقته
وسلاحه مع انهم لم يوجبوا شيئا في مثل هذا في الحرم المجمع على حرمه
بعد عظيم والمراد بالحديث التغليظ والزجر عما يأتي عن حرمته وقول
النواوي المختار ترجيح للقديم على الجديد خلاف مذهب الشافعي ولا يجوز
نسبة القول القديم الى الشافعي بعد رجوعه عنه وغسل كتبه
القديمة واشهاده على نفسه بالرجوع عن القول القديم قال عبد الرحمن

المذكور من جعل القول القديم مذهبا له فقد كذب عليه الا ان يختار احد
غير مقلد للشافعي وهو من اهل الاجتهاد ويجعل مذهبا لنفسه لظاهر
الحديث ولانه في حرم مكة يجب الجزاء الذي هو النظير او القيمة ولم يجب
في حرم المدينة بان اما الا ان يساوي نصف درهم او الاعظم وهذا
بعيد في قياس الاصول والادلة الثابتة في الشرع مع انه يأتي الكلام
عن الحديث بما هذا احتجوا بقوله عليه السلام حرمت المدينة
كما حرم ابرهيم مكة وعن ابي سعيد الخدري انه سمع رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول اني حرمت ما بين لابتي المدينة كما حرم ابرهيم مكة قال
ابو سعيد كان احدنا ياخذ في يده الطير فيأخذه من يده ويرسله وفي
رواية اني حرمت ما بين مازميها وفي رواية انس اني حرمت ما بين
جبليها وفي حديث علي رضي الله عنه حرم ما بين عير الى ثور اخرجهن الشيخان
وفي شرح البخاري لابن بطال لو صح الحديث لاوجب الجزاء على من
سلبه الا ما يستر عورته لا ينتزع منه وصيد مكة لما كان مضمونا لم يختلف
بين ان يكون له سلب او لا وقال مالك لم اسمع في صيد المدينة جزاء من
مضى كان اعلم ممن بقي فقيل له ابو كامل قال ليس هو كالذي يصاد بمكة
واني لاكرهه ولنا ان النبي عليه السلام كان اعطى صغيرا طائرا
بالمدينة فكان عليه السلام يقول له ما فعل النغير يا ابا عمير رواه
البخاري ومسلم والنسائي وحديث عائشة رضي الله عنها قالت كان
لال رسول الله صلى الله عليه وسلم وحش فاذا خرج لعب واشتد
واقبل وادبر واذا احس برسول الله صلى الله عليه وسلم قد دخل ربض
فلم يترحرح كراهة ان يؤذيه وحبس الوحش فيها واغلاق الباب عليه دليل
اباحته وعن سلمة بن الاكوع انه كان يصيد الوحش ويهدي لحمه الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ففقدني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
يا ابا سلمة اين تكون فقلت تباعد علينا الصيد يا رسول الله وانما اصيد
بصدور قناة من نحو ثيب فقال اما انك لو كنت تصيد بالعقيق لشيعتك اذا

ذهبت وتلفتك اذا جئت فاني احب العقيق ذكره في الامام من طريق
موسى بن محمد بن ابرهيم قال البيهقي تفرد به موسى هذا وكان يحيى بن
معين يضعفه وخرج الحديثين الحافظ ابو جعفر الطحاوي وغيره
وهذا انما في حديث سعد في صيد العقيق وحديث سعد اصح في
الروايه لكن غير معمول به عند العلماء فاما حديث سلمة اوفى في
اثبات الحرم للمدينة اضطراب كثير في حديثه فعند بعض الرواة
ما بين لابتيها وعند البعض ما بين مأزميها وعند البعض ما بين جبليها
وعند البعض جعل اثني عشر ميلا حمى وعند البعض ما بين عير الى
ثور قال عياض في الاكمال اكثر الرواة وللعذري عاير بالف وعند البعض
ما كذا الى كذا وذكر بعض الرواة عيرا ولم يذكر ثورا وترك مكانه
بياضا واعتقدوا ان ذكره خطا ووهم وفي الاكمال انكر مصعب الزبيري
وغيره عيرا وثورا وقالوا ليس بالمدينة عير ولا ثور وانما ثور بمكة
وحكى الخطابي انه قطع شجرها غير ممنوع وذكر ابن نافع عن مالك
ان النبي عليه السلم انما نهى عن قطع شجرها ابقا لبهجتها وترغيبا
للمهاجرين اليها وتحسينا لصورتها ولا يكون النهي نهي تحريم ونظيره
النهي عن هدم اطام المدينة فانها زينة المدينة واتفقوا على اباحة
هدمها ولو كان للمدينة حرم يحرم فيه الصيد وقطع الشجر لكان في
حكم حرم مكة في ضمان صيده وشجره وكان النص الوارد في حرم مكة واردا
في حرم المدينة لان الحرم هو العلة لوجوب الضمان ولما لم يوجبوا
الضمان فيه دل على بطلان قولهم وانما المراد بالحديث الحرمة الحاصله
بها بتوطن النبي عليه السلم بها وموته ودفنه فيها وبسببه لا يدخلها
الدجال وعلى كل نقب من انقابها ملك يحرسها ولا شك ان هذا شرف عظيم
ورتبة عليه لها وهي محبه برسول الله صلى الله عليه سلم وقالوا لا يلزم
من ثبوت الحرم وحرمة الاصطياد فيه ان يكون صيده مضمونا الا ترى
ان مكة كان لها حرم في الجاهلية ولم يكن صيده مضمونا قلنا هذه

غفله ومتى احتج اهل الاول ان يفعل الجاهلية ولم يكن لهم كتاب وهم عبدة
الاوثان ولا شي في صيده ولا في شجره وبه قال ابن حنبل وهو الاصح
من مذهب الشافعي وهو واد باليمن وقال ابو جعفر الطحاوي كان ذكر عن
الشافعي في صيد وج فما وقفنا على روايه في ذلك ولا وجدنا فيه قولا
عن احد سواه مسئلة حرمة صيد وج رواها احمد في المسند والبيهقي
وضعف احمد حديث صيد وج وذكره ابو بكر الخلال في كتاب العلل وقال البخاري
في تاريخه لا يصح صيد وج بواو مفتوحة وجيم مشددة هو بلد الطائف
عند اهل اللغة وقال الحازمي اسم لحصون الطائف وقيل لواحد منها
وعند اكثر الفقهاء اسم واد بالطائف وفي المغني واد باليمن وبالحاء المهمله
هي ناحية نعمان وفي الاكمال اجاب بعض المالكية والشافعية عن
قوله صلى الله عليه سلم ما فعل النغير يا ابا عمير بجوابين احدهما انه محمول
على انه كان قبل تحريم المدينة والثاني يمكن ان يكون ادخله من الحل
ولم يصد في حرمها قال المازري هذا الجواب لا يلزم عندي على اصولهم
لان الحلال اذا دخل بالصيد الحرم من الحل وجب عليه ارساله
واطلاقه ولا يستقيم والنغير تصغير نغر بضم النون وهو اسم طاير صغير
قيل هو البلبل الاحـ ـه السادسه قال النواوي من العامة من يروي
عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه سلم قال من زارني وزار ابي ابرهيم
في عام واحد ضمنت له الجنه وهذا باطل لا يعرف عن النبي صلى الله عليه سلم
في كتاب بل وضعه بعض الفجرة وزيارة ابرهيم الخليل عليه السلم
غير منكرة ولا تعلق لها بالحج ولا بزيارة النبي عليه السلم بل هي قربة
على حدة ومثله قول العامة اذا حج اقدس حجي فيذهبون الى زيارة بيت
المقدس ويرى ذلك من تمام الحج وهو باطل وزيارة القدس مستحبة ولا تعلق
لها بالحج وكذا اكلهم التمر الصيحاني في الروضة وقطع شعورهم ورميها
في القناديل النبوية من المنكرات الا حـ ـه السابعة ذهب ابو حنيفة
وجماعة من المحتاطين في دين الله الى كراهة المقام بمكة شرفها الله خوف الملل

والتبرم والانبساط بيت الله تعالى على وجه يحصل به تسكين حرقة
القلب والاخلال بحرمته وتعظيمه وتوقيره وخوف اخراج الذنوب
منها فان الذنب فيها اقبح وفي الليالي يورث مقت الله تعالى وسخطه وفي الكل
الى نفي نور المعرفة وزوال الولاية وفي الصغاير تقليل نور المعرفة
لاسيما في تلك البقعة الشريفة ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لخطيئة
اصيبها بمكة اعز علي من سبعين خطيئة في غيرها وكان يقول يا اهل
اليمن يمنكم ويا اهل الشام شامكم ويا اهل العراق عراقكم وقال ابن عباس
رضي الله عنهما حين اختار المقام بالطائف والله لان اذنب ذنبا بركبة
احب الي من ان اذنب ذنبا واحدا بمكة فلخوف هذه الخصال كرهوا المجاورة
بمكة فان ذلك سبب يخاف منه المقت والسخط من الله تعالى واقل
شي يصدر من الانسان فيها السمر والحكايات المذمومة وحديث الدنيا
فيها في المطاف والمسجد وقل من وجد يحترز عن ذلك ومن قدر على
الوفا بحقه وتعظيمه وتوقيره على وجه سعى معه حرمة البيت وحدة الله
وصيانته في عينه كلما دخل مكة فالمقام بها هو الفوز العظيم والفضل
العظيم رزقنا الله تعالى ذلك بمنه وكرمه واستحب ابو يوسف ومحمد
والايمة الثلثة المجاورة بها وعن ابرهيم النخعي قال كان الاحلاف الى مكة
احب اليهم من مجاورة البيت وعن الشعبي لم يكن احد من المهاجرين
والانصار يقيم بمكة خرجهما سعيد بن منصور الله اعلم فصل ما
جا في فضل البيت بيت المقدس وقد عرف حديث لا تشد الرحال الا الى ثلثة
مساجد الحديث وعن ابي ذر قلت يا رسول الله اي مسجد وضع في الارض
اول قال المسجد الحرام ثم اي قال المسجد الاقصى خرجه البخاري وعن ابن
عمر عن النبي عليه السلم ان سليمان بن داود على نبينا وعليهما السلم
لما بنى بيت المقدس سال الله تعالى خلالا حكما يصادف حكمه فاوتيه وملكا
لا ينبغي لاحد من بعده فاوتيه ولما فرغ من بنا المسجد سال الله ان لا ياتيه
احد لا يريد الا الصلوة فيه ان يخرجه من خطيئته كيوم ولدته امه خرجه

النسا كما النهر التحريك والدفع وعنه عليه السلم الصلوة فيه كالف
صلوة وعن عمر رضي الله عنه انه بسط ردا ولبس الكناسة في ردايه ولبس
الناس خرجه احمد وفي المنافع قد اشتهت العبادات وشرع المعاملات ثم قدم
النكاح لما انه يشتمل على المصالح الدينية والدنيوية منها حفظ النسا والقيام
عليهن ومنها صيانة النفس عن الوقوع في الزنا وتكثير عباد الله وامة محمد
عليه السلم واهل التوحيد ومباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم بهم وقدموه
على الجهاد لانه سبب لوجود الاسلام والمسلم وهو الولد والجهاد سبب
لوجود الاسلام تحسبه

كتاب النكاح اعلم ان النكاح في اللغة هو الوطي
هكذا في المغرب والصحاح وطلبة الطلبة وفي المجمل لابن فارس النكاح
البضع نكح اذا جامع وقد يكون العقد هكذا فيه وفي الصحاح وقال
الشيخ ابو بكر الرازي والسرخسي النكاح الوطي حقيقة وقال الازهري
اصل النكاح الوطي ويطلق على العقد الذي هو سبب الوطي وهو التزوج
وقال الفرا نكح المراة بالضم بضعها فاذا قالوا نكحها فمعناه اصاب نكحها
وهو فرجها وفي المبسوط والمحيط وطلبة الطلبة وشرح النواوي
اصل النكاح الضم والجمع وقال الفراء هو في اللغة التداخل يقول يحت
الارض المدر والوطي تداخل وقد يطلق على الصداق كقوله تعالى وليستعفف
الذين لا يجدون نكاحا اي صداقا فالوجه ان يكون من باب الاضمار اي سبب
نكاح للتي المجاز اولى من الاضمار قوله تسميه الوطي بداخلة لا
يستقيم لان ما كان من جهة الواطي داخل لا غير وما كان من الموطوة محول
فيه لا غير فلم يشتركا في الدخول فلم يتحقق التفاعل ويتحقق الضم من كل
واحد منهما لانه يضم صاحبه اليه والضم من احدهما كاف في صدق الضم بخلاف
التداخل وقوله المجاز اولى من الاضمار قلت هنا الاضمار اولى لانه
لا يوجد في اللغة اطلاق النكاح على المال وحذف المضاف واقامة المضاف
اليه مقامه سايغ كثير عند عدم اللبس ولما قوله نكح المطر الارض ونكح النعاس

عينه فقلنا لو بمعنى الضم وبمعنى الدخول ايضا وفي قول القايل

ان القبور تنكح الايامى　　النسوة الارامل اليتامى

نصوا على انه بمعنى الضم وفي المختلف النكاح حقيقة في الوطي والعقد جميعا
وزعم انه قدر مشترك بينهما له والاشتراك ليس باصل قلت فيكون
متواطيا لا مشتركا وقال ابو القاسم الزجاجي يطلق عليهما وفي المنافع قال
فخر الاسلام النكاح حقيقة في الوطي والعقد وقال صاحب المنافع جعله
حقيقة في الوطي اولى لانه لا يجوز ان يكون حقيقة فيهما للاشتراك قلت
اولوية المجاز لا يمنع جواز كونه مشتركا وللشافعية ثلثة اوجه اصحها عندهم
انه حقيقة في العقد مجاز في الوطي ذكره القاضي حسين في تعليقه
والثاني العكس والثالث حقيقة فيهما بالاشتراك ذكرها النووي استدلوا
للاول بقوله تعالى اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
وهو كثير في القران والحديث وزعموا انه لم يات في القران الا بمعنى العقد
وبه لقولهم انه ناكح في بني فلان اي فائتهم ورجل نكحة يعني كثير التزوج
لضرعه والنكح بالكسر والضم اي تتزوجهما وكانت لام خارجة
حطب فيقول نكح حتى قالوا اسرع من نكاح ام خارجة وليس اتفاق
اهل اللغة وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والمراد به الوطي اجماعا
وما خالف فيه الا سعيد بن المسيب وذاك خلاف لا اختلاف وقوله تعالى
حتى اذا بلغوا النكاح اي الاحتلام فان المحتلم يرى في منامه صورة الوطي
وقوله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة فسرتهما وقول الفرزدق

التاركين على طهر نساءهم　　والناكحين بشطي دجلة البقرا

يعجوا بالكفوا وقال عليه السلم ناكح البهيمة ملعون　　وقول الاعشى

ومنكوحة غير ممهورة　　تعنى المسبية الموطوءة قال المطرزي ثم
قيل للتزوج نكاح لانه سبب الوطي قلت وهذا الاسمي عن سنن العقود
نكاحا كالشرى والهبة والصدقة والاجارة ونحوها لان ذلك سبب الوطي
لا محاله وقال　　فايلهم

انكحت ضم حصاها خف يعمله تعسوس بي البيكل الشهل والوهرا
اي قسست ضم الحصاة جمعها اصم الى خف اليعملات وفي المثل في امثال ابو الحسنا الفرا
فسر اي اصرما تحمل عمر الوحش اسه فسري ما تتولد منها تضرب مثلا
للامر يجتمعون اليه ثم يتفرقون عنه واصله رجل خطب ابنه اخر فاي
فعلمه امها فتزوجها منه على كره وقال ابو الحسنا الفراء فسرى ثم اسا الزوج
اليها فطلقها يضرب به المثل كالمحذر من العاقبة وفي ليس الطمر انقا الاردو　اج
والفرا الحمار الوحشي وبه لكل الصيد في جوف الفرا ومن بهما ان
النكاح انما هو الضم والجمع ولا يكون حقيقة الا في الاعيان والاجسام
والعقد قول وهو عرض لا يتصور فيه الضم ولا يكون الضم فيه الا مجازا
وهو الذي اختار ان يحول اللغويين وعقد النكاح يجعل البعيد قريبا
والاجنبي نسيبا ويصير ان كشخص واحد حتى صار المصر عن البه
وزوجي الباب وزوجي الحمو والحور فهذا ظاهر وفي المبسوط لمر
حب لذيذ النكاح اي الوطي وقال ابو علي الفارسي للعرب فرق لطيف
فاذا قالوا نكح ولانه او بنت فلان او اخت فلان ارادوا به العقد واذا
قالوا نكح امراته او زوجته لم يريدوا الا الوطي لانه استغنا بذكرها
من العقد انتهى كلامه ووجب ملامه فان الاول ليس متعينا في العقد
بل هو ظاهر في الوطي او عكسه والثاني متعين في الوطي لان تزوج زو
لغو وفي الجامع اذا كان الحمل في زوجته وامته يحمل على الوطي
وفي الاجنبية على العقد لانه السهما والفرق بين الماضي والمستقبل
ان في المستقبل يحمل على العقد الصحيح وفي الماضي يحمل على الصحيح
كان او فاسدا فلم يكن في الاول قرينة تحمله على العقد دون الوطي
وفي الذخيرة المالكية قال ابو حامد قال اصحابنا النكاح حقيقة الجماع
واستعير للعقد بقول في المبسوط النكاح سنة وفي خبر مطلوب عقد
مسنون وفي المحيط سنة موكدة وفي التحفة قيل فرض لفا به وقال
في المنافع هذا عند المتاخرين من مشايخنا كالجهاد وقيل قول الكرخي

وقال في البدايع النكاح فرض حالة التوقان وخوف الوقوع في الزناء بلا
خلاف وفي المبسوط لا يسعه تركه حينئذ وقال اللخمي من المالكية النكاح
في الشرع على اقسام اربعة واجب غير موسع لمن خشي الوقوع في
الزنا والعنت وعجز عن التسري ولا يذهب عنه بالصوم وواجب
موسع ان كان لذلك ويقدر على التسري ومخير بينه وبين النكاح فان
كان يذهبه الصوم وجب احد الثلثة على التخيير والزوج اولى وقال
النواوي في المنهاج في شرح كتاب مسلم بن الحجاج لا يجب النكاح ولا
التسري سواء خاف الزنا ام لا هذا مذهب العلماء كافة ولا نعلم احدا اوجبه
الا داود ومن وافقه من اهل الظاهر الا رواية عن احمد فانهم
قالوا يلزمه اذا خاف العنت ان يتزوج او يتسرى قلت
الظاهرية قالوا بوجوبه وان لم يخف العنت قال النواوي والناس
فيه على اربعة اقسام قسم تتوق اليه نفسه ويجد مؤنته فيستحب
له وقسم لا تتوق اليه نفسه ولا يجد المؤنة فيكره له وقسم تتوق اليه نفسه
ولا يجد المؤنة فيكره وهو مامور بالصوم لدفع التوقان وقسم يجد المؤنة
ولا تتوق اليه نفسه فترك النكاح والتخلي لنفل العبادة اولى في حقه وافضل
ولا يقال ان النكاح في حقه مكروه بل تركه افضل قلت يطلق المكروه
على ترك الاولى فما عسى ان يكون مكروها وفي المغني ويجب على من خاف الوقوع
في الزنا على قول عامة الفقهاء وفي الاكمال وعند الشافعي مباح وعند
الظاهرية واجب مرة وهو العقد دون الدخول ذكر مثله النواوي احتجوا
بقوله تعالى فانكحوا ويرد عليهم اخر الاية وهو فواحدة او ما ملكت ايمانكم
والتسري غير واجب قال ولا تخيير بين الواجب وغير الواجب ولا انفصال
عن حديث لما رواه ان غض البصر لا يحصل بالعقد وحده وهو الواجب عند
داود وقال المازري لا يجب التسري بالاتفاق وفي المحلى في شرح المحلى
لابن حزم الظاهري فرض على كل قادر على الوطي ان وجد ما يتزوج او يتسرى
ان يفعل احدهما ولا بد فان عجز عن ذلك فليكثر من الصوم وهذا يرد على

بلغ مقابلة

المازري وعياض

٥٩

بلغ

المازري وعياض وهو اقعد بنقل مذهبه قال واجمعوا على انه لا يجب ذلك على
النساء قلت قال الشافعي في النهاية واجب على الرجل والمراة ان
يتزوجها اذا تاقت نفسهما وهذا يرد على ابن حزم وفي المعترض لبعض
الشافعية انما قدموا النكاح على نوافل الصلوة والصوم اذا اتى به ناويا
التقرب الى الله واشتغل لوجهه وتحصين الدين وتحصيل ولد موحد يعبد
وقصد الاتفاق عليهما والذب عنهما متقربا بذلك كله الى التقرب الى الله
سبحانه وتعالى وهكذا ذكره ركن الدين امام زاده عن شمس الائمة البيهقي
ثم اطلقوا في المسئلة ثلثة الفاظ الافضلية والاولوية والتقديم ولا
ينبغي ان يكون الخلاف في الافضلية لثلثة اوجه احدها ان لفظة
الافضل الاشتراك في الفضل ويرجح احدها على الاخر كالاورع والاعلم
والشافعية يقولون النكاح مباح او مكروه ولا يقولون بانه محتاج اليه
فان احتاج اليه ولم يجد اهبته يكره له ايضا وان احتاج اليه لغض
البصر والتحصن بحيث لو لم يتزوج لوقع في الزنا هو واجب الهيثم والمراوزة
يقولون بالاباحة قلت ولعل الذي ذكره النواوي ولم يذكر فيه خلافا
هو قول المراوزة وان كانت نفسه تواقة الى النكاح بحيث لو لم يأت به
يقع في الزنا يكون واجبا بالاتفاق ويقدم على النوافل اجماعا وعلى الفرض
اذا كان الوجوب موسعا كالصلوة في اول الوقت فاذا لم يقولوا بفضله
النكاح فكيف يقع التنازع في الافضلية واذا ذكرت لفظة الاولوية والتقديم
ثم استقام وقوع التنازع في المسئلة اذ ليس من شرط الاولوية والتقديم
الاشتراك في الاصل فانه يجوز ان يقال البنا اولى من الغسل او من بنا ولا اكل
مع انه لا مشاركة في الخصوصية والحلاوة بينهما ويصح ان يقال تقدم العالم على
الجاهل وتقديم العالم اولى من تقديم الجاهل فاذا عرفت هذا فنقول
الاشتغال بالنكاح ومصالحه اولى من التخلي لنفل العبادة وعند الامام
شمس الدين سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف وهو قول عامة الصحابة
والتابعين وبه قال مالك واحمد قال النواوي وهو قول بعض الشافعية

والمالكية وقال الشافعي التخلي لنوافل العبادة اولى فلنـ ذكر الشيخ
شهاب الدين القرافي في الذخيرة قول مالك مع الشافعي رحمهما الله سلكت
الشافعية فيها عشر مسالك المسلك الاول زعموا ان النكاح من قبيل
المباحات فكيف يقدم على المندوبات بيانه انه عليه السلم قال احب
المباحات الى الله النكاح والمسلك الثاني هو من باب المعاملات لانه ايجاب
وقبول كالبيع والشرا وهذا يصح من الكافر وهو على وفاق الطباع على خلاف
الصلوة والصوم فانهما مطلوبان للشارع فالاستغفار بهما اولى والمسلك
الثالث ان الله سبحانه خير بين التزويج بواحدة وبين التسري ثم التسري
لا يقدم على النوافل فكذا النكاح لانه كلما او التخيير والمسلك الرابع
ان النافلة اشق على البدن من قضا شهوة الفرج لانه راحة لا مشقة
فيه فكانت اولى لقوله عليه السلم لعايشة رضي الله عنها اجرك
على قدر نصبك والمسلك الخامس ان الصلوة والصوم النافلين
عبادة محضة والنكاح مركب من العبادة والمعاملة اذ النكاح وسيلة
الى العبادة فالعبادة المحضة والاصل اولى من الوسيلة والمركب والمسلك
السادس ان العبادة مطلوبة التحصيل والنكاح مطلوب الاسقاط
فكانت اولى بيانه ان النكاح يحتاج فيه الى اكتساب المال والانفاق
منه فلعله بسببه يقع في المظالم والمهالك لقلة وجود الحلال لاسيما
اليوم والمسلك السابع التمسك بقوله تعالى وما خلقت الجن والانس
الا ليعبدون والاشتغال بما خلق العبد لاجله اولى من غيره والمسلك
الثامن التمسك بما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابي هريرة رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يروي عن ربه عز وجل انه قال لا
يزال عبدي يتقرب الي بالنوافل حتى احبه فاذا احببته كنت سمعه الذي
يسمع به وبصره الذي يبصر به ومثل هذا لم يوجد في النكاح لعمري هذا
اقوى لهم في التمسك والمسلك التاسع قوله تعالى وسيدا وحصورا وبيانه
مدح الله سبحانه يحيى بترك النساء مع القدرة على الجماع ومؤنة النكاح ولا

يمدح الانسان على ترك العبادة ولا على ترك المباح والمسلك العاشر وما
فيه حديثان موضوعان قال ابو محمد بن حزم وهو هما احدهما عنه
عليه السلم انه قال خيركم في المائتين الذي لا اهل له ولا ولد والاخر
من طريق حذيفة انه قال اذا كان سنة خمس ومائة فلان يربي احدكم جرو
كلب خير له من ان يربي ولدا قال ابن حزم في المحلى وهما موضوعان لانهما
من رواية ابي عاصم رواد بن الجراح العسقلاني لا يحتج به وبيان
وضعهما انه لو استعمل الناس ما فيهما من ترك النسل لبطل الاسلام والجهاد
والدين وغلب اهل الكفر وظهر تزييد واد به ولا شك انه كلام ولنا
في المسالة عشرون مدركا ولنذكر المدرك الاول ان النكاح سنة مؤكدة
على المسلمين والنوافل مندوب اليها فكان الاشتغال بالسنة اولى لرجحانها
فكيف اذا كانت مؤكدة والمدرك الثاني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا
وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والامر للوجوب فاذا ترك الوجوب للاجماع
بقي فيما ذكرناه حتى لا يلزم الترك بالامر ولم يوجد الامر بالنافلة وهو
يبطل دعوى الاباحة فيه قال سيف الدين الامدي في الاحكام اتفق الفقها
والاصوليون قاطبة على ان المباح غير مامور به خلافا للكعبي من
المعتزلة والمدرك الثالث قوله عليه السلم في الصحيحين يا معشر
الشباب من استطاع منكم الباه فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن
للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء وجه التمسك
به من وجهين الاول الامر به كما تقدم والوجه الثاني تقديمه على
صوم النفل وانما نقل اليه عند عدم القدرة على النكاح فوايد الباه
المنزل ولما كان المتزوج يبوي امراته منزلا سمي النكاح باه وقيل مباه
الابل والغنم وهي الموضع الذي تاوي اليه بالليل وقيل المباه الموضع الذي
تاوي اليه الابل والغنم اي ترجع ثم جعل عبارة عن المنزل ثم كني بها عن الجماع
وفي الباه اربع لغات المد مع الماء ومع حذفها والباهة بابدال الهمزة
تاء بالهاء بغير ياء والوجا بكسر الواو والمد رض الانثيين والخصا

سفهما واستيصالها والجب قطع الذكر من اصله وجاء على وزن عصا وهو
الحقل والتعب والصوم يقطع النكاح غالبا لاضعافه القوة وتجفيف
الرطوبة التي يولد المني وقد يزيد في النكاح في المرطوبين فيقربون
من الاعتدال فتقوى عندهم فالصوم للتوبة يقلل في الناس لا سيما
اهل الحجاز لحرارة ارضهم قال ابو حامد من استطاع منكم يعني الجماع
ومن لم يستطع يعني الطول قلت المراد به من استطاع منكم
المال الذي يوصله الى الوطء لا الوطء نفسه فلو كان المراد بالاول الوطء
لما استقام ان يقال ومن لم يستطع فعليه بالصوم لان المحذوف
من الثاني هو المذكور في الاول فحذف لدلالة الاول عليه والمدرك
الرابع عن سعد بن ابي وقاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد
على عثمان بن مظعون التبتل مسلم والتبتل الانقطاع عن النساء رواه م
ثم استعمل في الانقطاع الى الله سبحانه وتعالى وهو حجة على الشافعي
في احبابه التبتل والمدرك الخامس عن انس قال رهط اتوا بيوت ازواج
رسول الله صلى الله عليه وسلم يسالون عن عبادته عليه السلام فلما اخبروا
كانهم تقالوها فقالوا اين نحن من رسول الله صلى الله عليه وسلم قد غفر
الله له ما تقدم من ذنبه وما تاخر فقال احدهم اما انا فاني اصلي الليل
ابدا وقال الاخر اني اصوم الدهر ولا افطر وقال الاخر انا
اعتزل النساء ولا اتزوج النساء ابدا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهم
فقال انتم الذين قلتم كذا وكذا اما والله اني لاخشاكم لله واتقاكم له لكني اصوم
وافطر واصلي وارقد واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني
اخرجه البخاري في صحيحه فاخبر صلى الله عليه ان النكاح سنة واوعد
الراغب عن سنته فتحمل ولا يوجد هذا التغليظ في ترك النوافل والمدرك
السادس قوله صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحناء
والحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذي وقال حديث حسن
والمدرك السابع في صحيح مسلم ونهي عن منكر صدقة وفي بضع

احدكم صدقة قالوا يا رسول الله ايأتي احدنا شهوته ويكون له فيها اجر قال
ارايتم لو وضعها في حرام اكان عليه وزر فكذلك اذا وضعها في الحلال
كان له اجر والصدقة افضل من صلوة النافلة اتفاقا والمدرك الثامن
عن ابي ذر رضوانه عليه السلام قال لعكاف بن وداعة الهلالي هل لك
زوجة قال لا قال ولا جارية قال لا قال وانت موسر بخير قال وانا موسر قال
انت اذن من اخوان الشيطان ان سنتنا النكاح شراركم عزابكم رواه الامام
ابن حنبل وابن منده وابو عمر بن عبد البر وذكره جار الله في الفايق وزاد
فان كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وان كنت منا فمن سنتنا النكاح
قال ومداومته وذمه اشد الذم على تركه بالحاقه بشر الخليقة وهم
الشياطين والمدرك التاسع قوله عليه السلام من تزوج فقد استكمل
شطر دينه فاذا ادى الفرايض والسنن الراتبة وقد تزوج فقد استكمل دينه
كله بخلاف فعل النوافل مع ترك النكاح والمدرك العاشر التمسك
بقوله صلى الله عليه وسلم من كان على ديني ودين اخي داود وسليمان فليتزوج
ان وجد الى النكاح سبيلا والا فليجاهد في سبيل الله تعالى ذكره في الفردوس
ووجهه والتمسك به من وجهين احدهما الامر به وهو للوجوب والثاني
تقديمه على الجهاد في الترتيب ولا شك ان الجهاد افضل من النافلة فما كان مقدما
على الافضل فهو افضل قطعا والمدرك الحادي عشر عن ابن عباس
انه عليه السلام قال تزوجوا فان يوما من التزوج خير من عبادة الف سنة
ذكره في الفردوس والمدرك الثاني عشر قال عليه السلام خير الناس
من ينفع الناس والمتزوج ينفع امراته واولاده بالانفاق الدار عليهم وحبسها
عن الوقوع في الزنا وقال صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص انك لن
تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا اوجرت بها حتى ما تجعل في في امراتك والمتنفل
بالصلوة نفعه قاصر عليه لا يتعداه وبهذا المعنى فضل العالم على
العابد للنفع المتعدي والمدرك الثالث عشر قال عليه السلام افضل
الاعمال ادومها والنكاح ادوم من النافلة لو نوى بها ساعة فساعة والمدرك

الرابع عشر قال عليه السلام في الصلوة البنا فله الصلوة خير موضوع
فمن شا استكثر منها وان شا استقل ذكره في الفردوس وعزاه الى
مسند احمد بن حنبل والمعجم الكبير للطبراني وفي النكاح قد امر به وحث
عليه وذم تاركه اشد ذم والمدرك الخامس عشر من اقوى الدلايل
على الحث على النكاح والاستكثار منه ما اعتاده الصحابة حتى مات ابو بكر
الصديق رضي الله عنه عن ثلث نسوة ام رومان واسما وبنت خارجه وترك
عمر اربعا منهن ام كلثوم بنت علي وفاطمه رضي الله عنهم وترك عثمان امراتين
ومات علي عن اثنتين وعشرين ما بين حرة وامة سريه وام ولد ومات
الزبير عن اربع ومات عبد الرحمن بن عوف عن اربع نسوة وتزوج رسول
الله صلى الله عليه وسلم تسع عشر امراة خمس منهن لم يدخل بهن وتوفي عليه
السلام عن تسع عايشه وحفصه وزينب وام سلمه وام حبيبه وميمونه
وسوده وجويريه وصفيه ذكر ذلك السفاقسي في شرح البخاري وكان القوم
يحبون متابعة رسول الله صلى الله عليه وسلم والتاسي به في افعاله والمدرك
السادس عشر ذهب قوم الى فرضية النكاح وهم الظاهريه وقوم
الى الاباحة او الندبيه والقول بانه سنه موكده هو المتوسط بين القولين
وخير الامور اوسطها وكلا الطرفين غلو والسنة متبعه ورجحان على
الندب والمدرك السابع عشر لو قلنا ان النوافل افضل لصار الناس
الى الافضل فيلزم ترك الفصول وبه يفوت التوالد والتناسل فيرتفع الدين
من اصله بغلبة الكفار وهذا لا يجوز اصلا والمدرك الثامن عشر
ذكر في المحيط ان النكاح مصالحه اجم ومنافعه اعم اذ هو سبب تحصين
نفسه باعفافها عن الزنا وسبب بقا العالم الى قيام الساعة بالتوالد
وحفظ النسا من الموبقات فانهن لا يصرن محفوظة الا بحافظ ورقيب
وذلك بالنكاح وبه يمنع عن السفاح بخلاف النوافل الا يتحقق بعدها وتقليل
عدها مدة طويله وفي ذلك امتناعه عن القيام بالاعمال والجهاد والمصالح
الدينيه والدنيويه وكان اولى كالامامة والحكم بالعدل وان كان فيهما

قضا شهوة النفس ونفاذ الكلمة وامتثال الامر وذلك من اعظم حظوظ النفس
والمدرك التاسع عشر هو لم يحك عنه عليه السلام من كان موسرا
الا انه تزوج فلم يتزوج فليس منا والمدرك الموفي عشرين عن شداد بن اوس
وكان قد ذهب بصره قال زوجوني فان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اوصاني ان لا القى الله اعزب وقال معاذ عند موته زوجوني فاني
اكره ان القى الله اعزب وعن عبد الله لو لم يبق لي من الدهر الا ليلة لاحببت
ان يكون لي في تلك الليلة امراة روى ذلك ابو بكر بن ابي شيبه والجواب
عن المسلك الاول ان قوله عليه السلام احب المباحات يقتضي ان
يكون النكاح محبوبا وانتم لا تقولون به لانه مباح عندكم والمحبوب
غير المباح بالاجماع فبطل احتجاجكم به وعلى قولهم يلزم ان يكون
المباحات المطلوبة للشارع ولا قايل به اذ لو كان مطلوبا له
لا يبقى مباحا فثبت انه لا يمكنهم العمل بهذا الحديث وعن الثاني لا
يلزم من كونه على وفق الطباع ان لا يكون مندوبا اليه فان القضا
والامارة والخلافة على وفق الطباع لما في ذلك من ميل النفس اليه
بسبب الجاه ونفاذ الكلمة وحصول الحشمة وهو عبادة ومندوب
اليه وفرض وشرب البول على خلاف الطبع وهو حرام ويجب
على المضطر اكل الميتة مع انه لا يميل الى تركه بسبب لا يحكم الطبع
وعن الثالث فلم ان المراد من قوله او ما ملكت ايمانكم التسري بل يجوز
ان يكون المراد به التزوج بالامة وهو الظاهر من اول الاية فمن قوله
فواحدة اي فانكحوا واحدة وانكحوا ما ملكت ايمانكم اي نكاح امة الغير
ولا يقال نكاح الامة اندرج تحت قوله فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى
وثلث ورباع فان التخيير بين الخمس لا يجوز عندهم فلم يندرج نكاح الامة
تحت الامر في اول الاية ولان التسري لقصد الرجل مندوب اليه فيمنع
وعن الرابع الجواب من وجهين احدهما انا لا نسلم ان كل ما كان فيه المشقه
اكثر يكون الثواب فيه اكثر فان ثواب ركعتي الفجر اكثر من ثواب

اربع هن نفل وقد ورد ان سبحان الله يملأ الجنة وهو فعل اللسان اخف
من ركعتي النافلة وثانيهما الانسلم ان النوافل اشق على البدن من الاشتغال
بمصالح النكاح واعبائه فان رؤية اكتساب المال الحلال والقيام
بواجباته ونفقات الاولاد وكلفهم ومؤنهم وفيه تعب البدن والقلب
وعن الخامس انه باطل برد الوديعة ورد المغصوب فانه مترجح على
النافلة وان لم يكن عبادة محضة والسادس ممنوع ولا نزاع فيما
ذكروا انه في الاولوية وعن السابع ان معنى قوله تعالى ليعبدون
صلاحيتهم للعبادة لا نفس العبادة وقيل ليوحدون وهو فرض عين
والخلاف في النوافل وقيل الا مرهم بالعبادة ولا كلام فيه مع
انه لا يبعد ان يكون خلقهم للنكاح ايضا وقد دل انهم خلقوا له وهو
قوله تعالى وجعل منها زوجها ليسكن اليها الاية وان كانت عامة
في حق المخلوقين من الجن والانس فهي مطلقة في العبادة فيصدق
بواحد من كل واحد فيحمل على التوحيد او على الفرائض دون النوافل
وعن الثامن ليس المراد به من ترك سنة النكاح والفرائض وتعبد
الى الله تعالى بالنوافل ولا بد ان يكون ذلك بشروطه ونحن نقول به وعن
التاسع قال ابو بكر بن العربي في العارضة قلت هذا منكر
من ثلاثة اوجه اولها انك ذكرت يحيى وليست محمد او رغبته ومدحه
له وحثه عليه وتقدمه فيه وهو كان اقرب درسا ونسبا ركبت
به من عيسى ثانيها انك قلت شريعة من قبلنا ليست شريعتنا
ولا نقتدي بما عرف ثالثها ان الحصور الذي يترك النساء مع القدرة
عليهن حبسا لنفسه عنهن وكان ذلك شريعة وشريعتنا النكاح
قال الله تعالى لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا وفي النسائي عن ابي هريرة
ثلاثة حق على الله عونهم المكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد
العفاف والمجاهد في سبيل الله قال هو صحيح وعنه عليه السلام
انه قال اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه

تكن فتنة في الارض وفساد كبير قال ابو بكر هذا حديث حسن صحيح وقولهم
النكاح معاملة قلنا بل النكاح الذي نفضله على النافلة عبادة على
ما مر وعدم لزومه بالنذر لفقد شرطه وهو ان يكون من جنسه
واجب مقصود سلمنا لكن لزوم النافلة بالنذر لحاجة الى احراز الفضيلة
وهو حاصل هنا لما ذكرنا لو قال لله علي حجة الاسلام او صوم رمضان
لا يلزمه شيء فائدة ذكرها في الاكمال قال المازري قوله عليه
السلام فعليه بالصوم اغراء بالغائب ومن اصول النحاة انه لا يغرى بغائب
وقد جاء شاذا في قول بعضهم عليه رجلا ليسني على جهة الاغراء
قال القاضي عياض هذا قول ابي محمد بن قتيبة وابي القاسم الزجاجي
وقال بعضهم هو غلط وهم من قاله وصوابه لا يجوز اغراء الغائب وانما
يغرى الحاضر والشاهد تنبيه الاغراء للشاهد والغائب يجاب بان
وهذا نص ابو عبيد على الصواب في هذا الحديث فقال الاغراء انما
ولا يكاد العرب تغري الا الشاهد تقول عليك زيدا ودونك عمرا ولا تقول
عليه الا في هذا الحديث وكذلك كلام سيبويه ومن نقل من اهل هذا
الشان وقالوا انما يؤمر به الحاضر ولا يجوز دونه زيدا ولا عليه
عمرا وانت تريد غير المخاطب قال السيرافي هذا موجود حرف المأمور
ذكر فصار كالحاضر قال القاضي ليس في الحديث اغراء الغائب جملة بل هو
خطاب لمن حضر من الشباب فقال من استطاع منكم الباءة فليتزوج
ومن لم يستطع فعليه بالصوم والضمير ليس لغائب وترك الكاف لعدم
تعينه لاجل لفظه من وان كان حاضرا كما لو قلت لرجلين من قام منكما
فله درهم فالضمير لمن قام من احد الحاضرين لا لغائب وقال النووي المعشر
هم الذين يشملهم وصف واحد فالشباب معشر جمع شاب ويجمع على شببة
وهو من البلوغ الى ثلاثين سنة قلت ووافقه الجمهور على ذلك وقال والشيوخ
معشر والنساء معشر قوله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول يعني بهما

عن بني المنافع الذي ملفوظ به ولا يسمى ايجابا من اي جانب كان والتعبير
البيان قال الله تعالى حكاية عن الملك ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون
وفي الحواشي النكاح عبارة عن معنى شرعي يثبت في المحل وقولهما زوجت
وتزوجت اله انعقاد ذلك المعنى الشرعي مثل قولك كتبت بالقلم وضربت
بالسيف وسمي المتقدم ايجابا لانه توجب وجود العقد اذا اتصل به القبول
قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا
دفعا للحاجة قال في الحواشي لان الاخبار لاظهار ما كان وسيكون لا
لاثبات ما لم يكن الا ترى ان قولك قمت وقعدت لا يوجد القيام والقعود
فكذا قولك زوجت وتزوجت لا يثبت النكاح باعتبار الوضع وانما يثبت
النكاح بهذا اللفظ لانه جعل انشاء في الشرع للحاجة قلت
صيغة زوجت وتزوجت وبعت واشتريت وطلقت واعتقت تستعمل
في اللغة والوضع للاخبار والانشاء فان ذلك كان عندهم معروفا في
الجاهلية فالشرع قرره لا انها كانت للاخبار لا غير فجعلت للانشاء
في الشرع للحاجة فان الحاجة كانت متحققة في الجاهلية وكان لهم انكحة
معتبرة قال عليه السلام ولدت من نكاح ولم اولد من سفاح ثم الفرق
بين الخبر والانشاء من اربعة اوجه الوجه الاول ان الانشاء
سبب لمدلوله وليس الخبر سببا لمدلوله فان العقود اسباب لمدلولاتها
ومتعلقاتها بخلاف الاخبار الوجه الثاني ان الانشاءات يتبعها
مدلولها والاخبارات تتبع مدلولاتها بيان الاول الملك والطلاق مثلا
يثبتان بعد صدور صيغة البيع والتطليق وفي اخر فسله فان قولنا
قام زيد تبع لقيامه في الزمن الماضي الوجه الثالث ان الانشاء
لا يحتمل التصديق والتكذيب فلا يحسن ان يقال لمن قال لامرأته طالق ثلاثا
صدق ولا كذب الا ان يريد الاخبار عن طلاق امرأته الوجه
الرابع ان الانشاء يقع منقولا غالبا عن اصل الوضع في صيغ العقود والطلاق

وقوله ينعقد بالايجاب والقبول اسناده الى ذلك المعنى الشرعي مجاز

والعتاق ونحوها وهذا لو قال لامرأته احداكما طالق احداكما طالق مرتين
حمل الثاني خبرا لعدم الحاجة الى النقل وقد يكون انشاء بالوضع الاول
كالطلب كالاوامر والنواهي فانها للطلب بالوضع اللغوي الاول والخبر
يكفي فيه الوضع الاول في جميع صوره قال شهاب الدين القرافي رحمه الله
في القواعد اعتقد جماعة من الفقهاء ان احتمال الخبر للصدق والكذب
مستفاد من الوضع اللغوي وليس كذلك بل لا يحتمل الخبر من حيث الوضع
الا الصدق باتفاق اهل اللغة والنحو ان معنى قولنا قام زيد حصول
القيام منه في الزمن الماضي ولم يقل احد منهم ان معناه صدور القيام
او عدمه وكذا معنى سيقوم زيد صدور القيام عنه في المستقبل
لا ان معناه صدوره او عدم صدوره ولذا زيد في الدار معناه لغة
استقراره فيها فثبت ان معنى الخبر المثبت انما هو في اللغة الصدق
دون الكذب ومعنى قولهم الخبر من يجوز عليه الكذب هو احتمال الصدق
والكذب ان ذلك من جهة المتكلم لا من جهة الوضع اللغوي فعلى هذا يستقيم
قول محمد في الجامع ان اخبرتني ان فلانا قدم يحنث بالصدق والكذب لانه
يستعمل فيهما من جهة المتكلم والمخاطب ثم ان صيغ العقود نحو بعت
ووهبت واشتريت وانت حر وامرأته طالق ونحو ذلك هل هي انشاء او خبر
قالت الحنفية انها اخبارات على اصلها اللغوي وقال غيرهم انها
انشاءات منقولة عن الخبر قلت هذا هو قول الحنفية كما ذكره
صاحب الكتاب وغيره ولم اقف عن الحنفية على ما نقله عنهم واستدل
لهذا القول بامور احدها انها لو كانت اخبارا لكانت كاذبة فانه لم يقع
قبل ذلك الوقت ولم يطلق والكذب لا عبرة به فلا عبرة بها معتبرة فدل على
انها انشاءات لحصول لوازم الانشاء فيها وثانيها انها لو كانت اخبارا
فكانت اما كاذبة ولا عبرة بها او صادقة فيكون متوقفة على تقدم احكامها
فاحكامها حينئذ اما ان يتوقف عليها ايضا فيلزم الدور او لا يلزم عليها
او لا يتوقف عليها فيلزم ان يطلق امرأته ويعتق عبده وهو ساكت

وثانيها لو كانت اخبارات فاما ان يكون خبرا عن الماضي او الحاضر وحينئذ تتعذر
تعليقها على الشرط لان الشرط لا يكون الا مستقبلا او خبرا عن المستقبل
وحينئذ لا تزيد على التصريح بذلك وهو لو صرح وقال امراته ستكون
طالقا لم تطلق فكذا ما كان بمعناه ورابعها لو قال لمطلقته في العدة انت
طالق لزمه طلقة اخرى باعتبار الانشا ولو كان خبرا لم يلزمه ما لم
يوقعه لصدق الخبر بدونها وخامسها قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن والطلب لا يكون الا بالانشاء بالاجماع وسادسها ان الانشا هو المتبادر
الى الفهم في العرف فوجب ان يكون منقولا اليه عملا بالتبادر الراجح
والجواب للحنفية اما عن الاول فانا نلتزم ان يكون كذبا ان لو لم يقدر
فيها صاحب الشرع تقدم مدلولاتها قبل النطق بها ووجب ان يقدر ذلك
لضرورة تصديق المتكلم بها والاضمار اولى من النقل لما عرف في اصول الفقه
ولان جواز الاضمار مجمع عليه والنقل مختلف فيه والمجمع عليه اولى واذا
كان المدلول عليه مقدرا قبل الخبر كان صدقا ولا يلزم الكذب ولا النقل
الى الانشا وبقيت اخبارا ولم تخرج عن موضوعاتها اللغوية وعملنا بالاصل
في عدم النقل وانتم خالفتموه وعن الثاني ان الدور غير لازم لان النطق
باللفظ لا يتوقف على شي وبعده يقدر تقدم المدلول وبعد تقدير المدلول
يحصل الصدق ويلزم الحكم فالصدق متوقف مطلقا واللفظ موقوف
عليه مطلقا والتقدير متوقف على النطق ويتوقف عليه الصدق فهاهنا
ثلاثة امور مرتبة بعضها بعد بعض وليس فيها ما هو قبل الاخر وبعده
حتى يلزم الدور بل هي كالابن والاب والجد في الترتيب والتوقف فاندفع
الدور وعن الثالث انا نلتزم انها اخبارات عن الماضي ولا يتعذر التعليق
وبيانه ان الماضي بالتقدير لا بالتحقيق ومثله يدخله حرف الشرط
وينقله الى الاستقبال بخلاف الماضي المحقق وعن الرابع ان اراد به الاخبار
لم يلزمه طلقة اخرى وان قصد الاخبار في طلقة ثانية فيحتاج الى التقدير
لضرورة التصديق فيلزمه الثانية بالتقدير كالاولى فقولكم انها تقدم

من الطلاق يستغنى عن التقدير غير مسلم وعن الخامس ان الامر متعلق
بايجاد خبر بعد ورود الشرع قبله الطلاق فيلزم الطلاق لا الانشا ويكون
اللفظ خبرا صرفا لا انشا كما ذكرتم وهو ممكن ولا حاجة الى النقل
المخالف للاصل فهذه اجوبة حسنة للحنفية متجهة صحيحة وهذا
تلخيص هذه المباحث من المذهبين على اتم الوجوه ولم ارها لاحد من
الحنفية والشافعية ولا لغيرهم واعلم على السادس قوله
وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل
مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالتزويج فقوله
زوجتك ينعقد النكاح به وحده ويقوم مقام الايجاب والقبول
والواحد في النكاح يتولى طرفي عقد النكاح فلم يكن انعقاده بلفظين
وانما اللفظ الاول توكيل منه لا غير بخلاف البيع فانه لا يتولى فيه
الواحد طرفي العقد الا الاب والجد استحسانا والفرق بين النكاح
والبيع من ثلاثة اوجه اولها ان الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل فلو
تولى الواحد طرفي البيع افضى الى التنافي ولا كذلك فانه في النكاح الزوج
لا يطالب بتسليم المهر ولا بغيره من حقوقه ولانه سفير فيه ولذا
وكيل الزوجة لا يطالب بتسليمها بل هو سفير ومعبر عنها ثانيها
ان قوله في البيع بعني محمول على السوم فلم يكن توكيلا بخلاف النكاح فانه
لا يحمل على السوم لتقدمه عليه قبل ذلك عادة ثالثها ان في النكاح لو لم
ينعقد العقد بذلك واحتاج الى ان يقول بعد قول الولي زوجتك قبلت
فربما امتنع عن القبول فيلحق الولي بذلك العار والشين فيكمل تزويجه
بشاهد منه فلم يقبله بخلاف البيع حيث لا عار في رده ولذا لو قال
الزوج جئتك لتزوجني ابنتك او جئتك خاطبا ابنتك فقال الاب
زوجتكها صح النكاح ولزم وكذا لو قال لامراة اتزوجك على الف درهم
فقالت قد تزوجتك على ذلك صح لان النكاح لا يحضره السوم فكان الظاهر
من جميع ذلك الايجاب ذكره الاسبيجابي وغيره وفي الينابيع يريد بالاستقبال

لفظ الامر وينعقد باللفظ الصالح للحال والاستقبال مثل قوله اتزوجك
وانكحك وجئتك لتزوجني ابنتك فقال الاب قد زوجتك فالنكاح لازم
في فصل كله ذكره في الينابيع وقوله لتزوجني لاحتمال الحال لان اللام تختص
للاستقبال وعن محمد لو قال خطبتك على الف فقالت قد فعلت لا يصح حتى يقول
الزوج قد قبلت وفي الخلاصة هذا الازم وفي المرغيناني ان اراد به الحال ينعقد
النكاح وفي خزانة الاكمل اتزوجك بكذا وخطبتك على كذا فقالت قد
زوجتك نفسي صح وهذا استحسان بخلاف البيع والخلع ذكره السرخسي
وفي المرغيناني ينعقد بقوله زوجت ويقول الآخر قبلت او قال اتزوجك
فقد فعلت وفي الذخيرة اتزوجك بكذا فقالت قد فعلت ولو قال خطبتك
بالف فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحا ولو قال اعرستك لنفسي فقال
قبلت ينعقد وفي جبر مطلوب عن ابي حنيفة قال زوجني ابنتك او جئتك
او جئت خاطبا او جئت لتزوجني ابنتك فقال قد زوجتك صح قال زوجتك
ابنتي بالف فقال قبلت وسكت عن المهر صح وان قال قبلت ولا اقبل المهر لا يصح
لانه رد وعن ابي حفص الكبير يصح لان المال في النكاح تبع قال المرغيناني
لو قال زوجني ابنتك فقال ادفعها واذهب حيث شئت بحضرة الشهود
لا ينعقد وقال الامام محمد بن الفضل ينعقد وفي الذخيرة ضرب امراة
لي فقالت نعم او ضرب اخينا ذا المشايخ انه ينعقد قال زوجت لنفسي ولم
تردد فقال ابو الصغير قبلت يقع للاب الا ان يقول قبلت لابني وهذا يدل
على انه لو قال لبعض هذا فقال الآخر قبلت واشتريت يصح وان لم يقل
بعشنا ذا لان بينهما مقدمات البيع قالت تزوجتك على كذا ان اجاز
ابي او رضي فقال قبلت لا يصح ولو كان ابوها حاضرا في المجلس فقال
اخبرت ورضيت جاز وفي جوامع الفقه قال اتزوجك او زوجيني نفسك
او جئتك خاطبا او خطبتك الى نفسي فقالت قبلت او فعلت يذكر المهر او
لم يذكره صح ولذا لو قال الرجل تزوجتك على عشرة دنانير فقال الرجل
زوجت نفسي منك يجوز ولا فرق بين ان يكون ذلك من جانبه او جانبها

زوجت نفسي منك فقال قبلت يصح وفي قنية المنية [illegible] صح

وفي البدائع ينعقد بلفظين ماضيين مثل زوجت وتزوجت وبلفظين
يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل زوجني ابنتك
فيقول زوجتك او يقول جئتك خاطبا ابنتك او جئتك لتزوجني ابنتك
فيقول الاب زوجتك او يقول لامراة اتزوجك على الف فيقول قد
تزوجتك على هذا او يقول لها زوجيني او انكحيني نفسك فيقول زوجتك
او انكحتك ينعقد استحسانا وفي القياس لا ينعقد لان الاول عدة
اذ الامر للاستقبال وجه الاستحسان انه توكيل على ما مر ولو قال
وكلتك بان تزوجني نفسك فقالت زوجتك نفسي انعقد ذكره في المنافع
وفي المرغيناني صبيان صغيران قال ابو احدهما زوجت ابنتي هذه
من ابنك هذا وقبل ثم ظهر ان الجارية كانت غلاما والغلام جارية
جاز النكاح وفي قنية المنية قال شرف الائمة النكاح جائز
عندي لان تزوجت يصلح للجانبين فجواز النكاح وقال العتابي
ان ظهر الزوج غلاما والزوجة جارية جاز والا فلا وفي جوامع الفقه
لو قال هل زوجتني بحضرة الشهود وصدقته لا يصح على المختار دينه
وبين الله ولو قال تزوجتك ان رضيت او رضي فلان فهو في المجلس فقالت
رضيت او قال رضيت جاز وفي العيون قام احد الزوجين قبل القبول
بطل وفي بطلان اليمين روايتان وفي البدائع والعيون وفي الفصول ليس
بشرط عندنا خلافا للشافعي والاول قال ابن حنبل وفي الفقه قال
زوجت ابنتك من ابني البشر هل ذا فقال نعم قال ابن سلام يعني بحديثه له
بنت واحدة فقال نعم زوجتك صح وان كان له بنتان لم يصح بزوج
حاضر منتقبة لم يعرفها الشهود ولم يعلموا اسمها ونسبها يجوز الا عند
يصير له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي عائشة لم يصح الا
ان يقول عائشة هذه لان الاسم لغو في المشار اليها تزوج امراة في
بيت فقبلت وليس فيها غيرها وسمعوا كلامها صح وان كان معها غيرها
لم يصح الا اذا عرفوا اهلها سميت في الصغر باسم وفي الكبر باسم زوجت

جوامع صح

ابن [illegible] صح

بالمعروف قالت زوجت نفسي بعد انقضاء عدتي لا يصح وكذا لا يصح تعليق النكاح
بالشرط ولا يجوز اضافته الى وقت مستقبل لما بينا ثم وذلك رجل
فقال زوجتك بنتي ولم يسمها صح زوجت نفسها منه فلم يقبل شيئا بل دفع
المهر في المجلس فهو قبول قاله برهان الدين السمرقندي وبرهان
الدين صاحب المحيط وقال القاضي بديع الدين لا ينعقد قال للامراة السلام
عليك يا زوجتي فقالت السلام عليك يا زوجي لا ينعقد ذكره علي السعدي
في النتف ويستحب ان يكون النكاح ظاهرا وان يكون قبله خطبة وان
يكون عقده يوم الجمعة وان يتولى عقده ولي رشيد وان يكون بشهود عدول
واوجب داود وجوب الخطبة في النكاح واتفق الائمة الاربعة على
استحبابها عند العقد واستحبها مالك عند الخطبة ايضا وفي المغني
اذا قال الخاطب للولي ازوجت فقال نعم وقال للزوج اقبلت فقال نعم كان
ذلك نكاحا لان نعم مقررة لما سبقها وقال الشافعي لا ينعقد بذلك وان
قال زوجتك ابنتي فقال قبلت ينعقد وهو قول مالك في الذخيرة وابن حنبل
في المغني وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح او نكاحها
قال في المنهاج على المذهب ولو قال زوجتك بنتي فقال قبلت هذا النكاح
او نكاحها صح ولو تقدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت ابنتك فقال
زوجتكها او قال زوجني ابنتك فقال زوجتكها انعقد عند الائمة الثلثة وقال
ابن حنبل لا ينعقد واتفقوا على انه لو قال زوجتك بنتي فقال تزوجني او
قال قبلت فقال تزوجتك لا ينعقد وفي المنهاج لو قال زوجني فقال زوجتك
او قال الولي تزوجها فقال تزوجت صح ويصح نكاح الهازل والملجئ وبه قال
ابن حنبل وهو المشهور من مذهب مالك ذكره في الذخيرة قال عليه السلام ثلثة
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي وهو حجة على
الشافعي في النكاح قوله وينعقد بلفظ الانكاح والتزويج والهبة
والصدقة والتمليك وفي الذخيرة روى الحسن عن ابي حنيفة ان كل لفظ يملك
به شيء ينعقد به النكاح وهذه الرواية تدل على جواز النكاح بلفظ

الاجارة قال المرغيناني ينعقد بلفظة الاجارة عن ابي حنيفة وعن محمد
لا ينعقد وهو الصحيح والاول محكي عن الكرخي وكان يقول المستوفى
بالنكاح منفعة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله فآتوهن
اجورهن فكان النكاح بمنزلة الاجارة ذكره عنه في المبسوط ولفظ
الاعارة عنده وفي رواية ابن رستم عن ابي حنيفة كل لفظ يملك به الرقاب
ينعقد به والاولى وهذا يدل على عدم جواز النكاح بلفظة الاجارة
والاعارة ولو قالت متعتك نفسي او قال الاب متعتك ابنتي بكذا او قال للرجل
استمتع بها بكذا فاجابت نعم فقد اختلف المشايخ وكان ابو القاسم البلخي
يقول بجوازه واليه اشار محمد في كتاب الحدود وقال لو زنى بامراة
ثم قال تزوجتها او اشتريتها فسوى بينهما وقال يسقط عنه الحد فيهما
بحمله دعوى النكاح وهو رواية ابن رستم عن ابي حنيفة وهو
الصحيح ذكره في الذخيرة وغيره وقال الناطفي في هدايته كل لفظ
موضوع في الاعيان لتمليك العين ينعقد به النكاح وان كان يفيد ملك
المتعة لا ينعقد وقال ابو بكر الاعمش لا ينعقد بلفظ البيع لانه
لتمليك المال بالمال والمملوك بالنكاح منفعة وهي غير مال قلنا
منافع البضع ملحقة باجزائها كالولد حتى لو وطئت بشبهة كان العقر
كالولد في حق المولى فهو ينعقد النكاح بكل لفظ شرع لتمليك
العين بغير نية اذا ذكر معه المهر كالبيع والهبة والصدقة وان لم يذكر
المهر ينعقد بالنية وفي المبسوط والمحيط الالفاظ التي ينعقد بها النكاح
نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ النكاح والتزويج عرفا وشرعا
وكناية ثلثة انواع ما ينعقد به وما اختلفوا فيه اما الاول فالتمليك
والهبة والصدقة ونحوها اذ البضع يصير مملوكا للزوج في حق الاستمتاع
فاذا ثبت الملك ثبت الحل والازدواج واما ما لا ينعقد به فالاحلال
والاباحة والتمتع والخلع والاقالة والاجارة بالتراضي والرضى والابراء
والشركة والاعتاق والكتابة والولاء والايداع وما اختلفوا فيه البيع

والشركة وقد تقدم وفي البدائع والتحفة ينعقد النكاح عند الكرخي بلفظة
الإجارة والإعارة وعند عامة الأصحاب لا ينعقد بهما لأن التأبيد
فيه شرط والتأقيت شرط صحة الإجارة ولأن الإجارة تمليك المنفعة
ومنفعة البضع ملحقة بالأعيان والأجزاء وفي العرض قيل لا ينعقد
لأنها إعارة وقيل ينعقد به لأنه يفيد ملك الرقبة للمستعرض وفي المرغيناني
ينعقد على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه يفيد الملك عنده بالقبض
وبلفظة السلم قيل لا ينعقد لأن السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد
به لأنه يفيد ملك الرقبة وينعقد السلم في الحيوان حتى لو قبضه
ملكه ملكا فاسدا واختلفوا في الصرف قيل لا ينعقد لأنه
عقد خاص في أحد النقدين وقيل ينعقد به لأنه يفيد الملك في العين
فهي المتعة أولى ولا ينعقد بالوصية لأنها عقد مضاف في وضعه
وعن الطحاوي أنه ينعقد بها وحكى أبو عبد الله البصري عن الكرخي
أنه إن قيد الوصية بالحال بأن قال أوصيت لك بابنتي هذه الآن ينعقد
وفي الهبة إن قال وهبت أمتي لك إن كان هناك قرينة مثل تسمية المهر
وإحضار الشهود يدل على النكاح صح ولذا إن لم يكن ثمة قرينة لكن نوى
بها النكاح وصدقه الموهوب له فكذلك وإلا كان هبة وفي الذخيرة
طلب من امرأة زنا فقالت وهبت نفسي لك وقيل لا يكون نكاحا
بل يكون تمكينا من الزنى لكونه جوابا له وإن أطلق الوصية أو أضاف
بأن يكون قال أوصيت لك بضع ابنتي بألف درهم بعد موتي وقيل لا
ينعقد فإن أوصيت لك بضع أمتي للحال بألف وفي التحفة ولم يذكر
المال وقيل ينعقد النكاح بالبيع في الذخيرة ذكر شيخ الإسلام وهكذا
حكاه الجرجاني وذكر السرخسي مطلقا أنه لا ينعقد بلفظة الوصية
وفي الرهن اختلاف المشايخ وقال الجرجاني لا ينعقد بالإقالة لأنها موضوع
للفسخ وكذا الصلح لكونه لإسقاط الحق لا لابتداء العقد وقال السرخسي
ينعقد بلفظة الرد وصورته طلق امرأته ثانيا فقالت رددت نفسي عليك

بل إذا كان نكاحا إذا قبل وفي الذخيرة قال أتزوجك متعة لا ينعقد وفي
الهاروني يابت عنه ينعقد ويلغو لفظة المتعة وفي المستصفى أتزوجك متعة
وهو باطل وفي المرغيناني اعتبر ملك كذا لا ينعقد إلا إذا كان إلى أن يعيشا
إلى ملك غالبا كإلى مائة سنة ونحوها لأنه مؤبد حكما وفي الذخيرة قال
زوجت ابنتي أن ينكحها فقالت ولم يقل لابني يجوز النكاح لابنه
وكيل قال هب ابنتك لي على وجه العقد دون الخطبة فقال وهبت
ينعقد النكاح بينهما للوكيل لا للموكل وإذا لو قال الوكيل بعد ذلك قبلت لموكلي
فلان لأنه لما قال هب ابنتك لي فقال الأب وهبت تم العقد من غير قبول
الوكيل ولو قال هب ابنتك لفلان فقال الأب وهبت لفلان لا ينعقد
ما لم يقل الوكيل قبلت وفي المرغيناني عن أبي الليث قال هب ابنتك لابني
فقال وهبت لم يصح ما لم يقل أبو الصغير قبلت وإنه يخالف تعليل المسألة
الأولى وينبغي أن ينعقد ولا يتوقف على قوله هكذا ذكر في الذخيرة
ولو قال وهبتها لك فقال قبلت لابني يجوز لابنه كأنه قال لأجلك كما لو
قال أجنبي للشفيع سلم الشفعة للمشتري فقال سلمتها لك أو وهبتها
لك سقطت صالح امرأة على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت
فهذا نكاح جائز والمال لازم وهذا الإقرار منها بمنزلة إنشاء النكاح
لكونه مقرونا بالعوض والإقرار الذي هذا حاله يجعل عن تمليك
مبتدأ في الحال ألا ترى أن من قال لغيره أقر لي بهذا العبد على أن
أعطيك مائة درهم كان بيعا حتى لو قال الحصاد لا يجوز وإذا كان بحضرة
شاهدين وسمعوا المقام معه قال لامرأة هل أنت امرأتي فقالت نعم هذا زوجي
بحضرة الشهود لا يكون ذلك نكاحا وفي فتاوى النسفي فيه اختلاف
المشايخ وقال المرغيناني النكاح لا ينعقد بالجحد لكن في الذخيرة هذا
ليس بصحيح وفي نوادر ابن رستم عن أبي يوسف إذا قالت المرأة لرجل
جعلت نفسي لك بألف بحضرة الشهود فقبل يكون نكاحا وذكر السرخسي
في دعوى الجامع إذا قال لغيره جعلت ابنتي هذه لك بألف كان نكاحا

للمعنى والعين في العقود للمعاني وفي جوامع الفقه وينعقد بلفظة
الجعل فإن قالت جعلت نفسي زوجة لك وبلفظة الرجعة إن كانت
مبانة وفي المحيط قال لامرأة راجعتك فرضيت بذلك كان نكاحًا
فإنه نص في الجامع على أن من قال لمطلقته المبانة إن راجعتك ينصرف
إلى النكاح وفي خزانة الأكمل عن أبي حنيفة إذا قال راجعتك بحضرة
الشهود بألف ورضيت يكون نكاحًا فروع عقداه بلفظ الإيمان
كونه نكاحًا ولا يعلمان به احتملت النسخ فيه بقولنا إنه ينعقد النكاح
بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك ونحوها قال مجاهد والثوري
والحسن بن صالح ومالك وأبو ثور وأبو عبيد وداود وذكره في المغني
وفي الجواهر كل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد كالنكاح والتزويج
والتمليك والبيع والهبة ونحوها يصح النكاح وقال القاضي أبو الحسن
وبلفظ الصدقة وقال الأصحاب إن قصد بلفظه الإباحة النكاح
انعقد سواء ذكر الصداق في الهبة والصدقة أم لا وقال السفاقسي
ينعقد بكل لفظ يفيد التأبيد كالهبة والبيع وغيرهما قاله القاضيان
ابن القصار وابن بكير وفيه اضطراب كثير عند المالكية وفي المحلى
لابن حزم لا يجوز النكاح إلا بلفظ الزواج أو الإنكاح أو التمليك
أو الإمكان ولا يجوز بغير تلك الألفاظ الأربعة وقال الشافعي
وابن حنبل لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والإنكاح قال في المغني وهو
قول سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وقال أبو بكر بن أبي
شيبة في مصنفه عن سعيد بن المسيب وطاووس والحكم وحماد
والشعبي وعطاء في المرأة تهب نفسها لرجل بغير صداق قالوا لا
يجوز بغير صداق إلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابن المسيب ولو
أصدقها سوطًا حلت له وقال الشعبي لها مهر مثلها إن دخل بها والمتعة
إن طلقها قبل الدخول بها فدل على صحة النكاح بالهبة وإنما عدم
وجوب المهر بالهبة خاص برسول الله صلى الله عليه وسلم احتج الشافعي

بلغ مقابلة

بقوله تعالى

احتج الشافعي بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وبقوله تعالى وأنكحوا
الأيامى منكم وبقوله تعالى زوجناكها وزعم أنه تعبد فلا يتعدى ما
ورد به الكتاب العزيز والمدرك الثاني أن الأشياء ذوات فإذا كان
لفظ كناية يحتاج فيها إلى النية ولا يطلع على النيات ذكر التعليلين في
البسيط ولأن الشرع ورد بالتزويج وهو المتلفظ به وقال النكاح وهو
الضم على ما تقدم ولا ضم ولا ازدواج في التمليك وأخواته وهذا لا يجوز
استعمال التزويج والنكاح في ملك الرقبة فكذا عكسه ولنا ما ثبت
في صحيح البخاري قول المرأة التي قالت جئت أهب نفسي لك يا رسول
الله يدل على جواز النكاح بلفظة الهبة وفيه قال عليه السلام للرجل
الرجل أمكناكها بما معك من القرآن وفي صحيح البخاري ملكتكها
بما معك من القرآن فقد باشر النبي صلى الله عليه وسلم عقد النكاح
بلفظ الإمكان والتمليك فدل على أنه لا يختص بلفظ التزويج والإنكاح
وقد ورد القرآن بلفظة الهبة وليست الهبة من جهة اللفظ مختصة
برسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما الاختصاص والخلوص في سقوط
المهر والبدل الذي لا يجوز خلو النكاح عنه في حق غيره ويدل عليه
أمران الأول قوله تعالى لكيلا يكون عليك حرج والحرج إنما يكون في
وجوب المهر لا في شرعية النكاح وانعقاده بلفظة الهبة إذ لا فرق
بين قولها وهبت لك نفسي وبين زوجتك في اللفظ الثاني لو كان الخلوص
بأمرين لانعقاد بلفظة الهبة وشرعيته بغير مهر يلزم تكثير
الاختصاص بغير دليل مع أن الأصل عدم اختصاصه عن أمته ووجه
آخر أنه تعالى قال إن أراد النبي أن يستنكحها فجعل هبتها نفسها له
نكاحًا فوجب أن يكون ذلك عامًا لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء ثم قيل الواهبة نفسها لرسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة
بنت الحارث وقال علي بن الحسين رضي الله عنهما هي أم شريك الدوسية
وقيل زينب بنت خزيمة الأنصارية واعترضوا على قوله عليه السلام

ملكتكها وعلى امكناكها وقالوا روى مسلم وابو داود زوجناكها والاول
وهم من معمر رحمه الله قلنا قد ذكره البخاري في صحيحه في غير
موضع عن غير معمر فيبطل دعواهم الوهم على معمر قال ابن حزم كان
عليه السلم اذا تكلم بالكلمة اعادها ثلاثا حتى تفهم فصح انها الفاظ كلها
قالها عليه السلم معلما لنا ما ينعقد به النكاح ودعوى البعض ورد علوى
جهة النص بحكم فان كانوا رووا بالمعنى فقد فهموا ان هذه الالفاظ
في انعقاد النكاح بها على حد سوا في المعنى والاعتبار للمعاني دون
التقييد باللفظ ولان قول من روى ملكتكها او امكناكها اولى بالقبول
لان رواية من روى زوجناكها ماخوذة من المتعارف بين الناس
بخلاف التمليك والامكان وبطل قولهم انه تعبد بما ورد به لفظ القران
بانعقاده بالفارسية مع قدرته على العربية والجواز هو الظاهر
هكذا في البسيط وقال النواوي في الاصح لصاحب البسيط ودعوى
التعبد على هذا عسير وقال الاصطخري من لا يحسن العربية
فليصبر او توكل من يعقد له بلغة العرب قال العراقي وهذا نهاية
الغلو والجواب عن قولهم الثاني ان الاشهاد واجب فيه ولا يطلع
على النية من وجهين احدهما ان النية ليست بشرط في
كنايته مع ذكر المهر على ما تقدم فيبطل ما ذكره الثاني ايضا ولان الفرض
فيما اذا قال الموجب بالكناية اردت بها عقد النكاح ولا اعتبار
حينئذ الا الاقرار بالتزام صحة النكاح بالكناية وفي اصول الفقه
للسرخسي النكاح موجب ملك المتعة وهذه الالفاظ في محل ملك
المتعة سبب الملك الرقبة فانها توجب ملك الرقبة وملك الرقبة يوجب
ملك المتعة في محله فكان بينهما اتصال من حيث السببية وهو طريق
صالح للاستعارة ولا حاجة الى النية انما تكون عند الاشتباه
والازدحام لا التعيين لان المحل الذي اضيف اليه متعين بهذا العقد وهو
النكاح ولا حاجة الى النية انما تكون عند الاشتباه والازدحام لا التعيين

والجواب عن قولهم وهذا الاستعار التزويج والنكاح لملك الرقبة
من وجهين احدهما ان التزويج والنكاح علم على ملك المتعة ولا يستعمل
في العتق عندنا والثاني ان ملك الرقبة اقوى فلا يستوف الادنى
عن الاقوى وهذا يمنع وروده عليه واذا طرا عليه ابطله فاذا ثبت
ان هذه الالفاظ سبب لملك المتعة عند عدم المانع الشرعي ما طلاق
السبب وارادة المسبب من اقوى طرق المجاز ولا مانع من صحته
ويدل عليه قول المراة التي وهبت نفسها لرسول الله صلى الله عليه وسلم
واردت بها النكاح ولو لم يجز هذا اللفظ في افادة النكاح مطلقا لما
اقرها عليه السلم حين سمعها ولرده عليها طريقه عن تريد به النكاح
احد الطرفين وهو طرف العقد فوجب ان ينعقد بكنايته كطرف الكل
الاخرى ان الاقالة حل الملك ولا يختص باللفظ الموضوع له لا جرم حل
الملك لا يختص بلفظ ايضا ودعوى اختصاص البعض دون البعض بحكم
لا يشك فيه طريقه اخرى انفرد بها الامام زيد الدبوسي عن اهل ما
وراء النهر ان ملك الرقبة سبب لملك النكاح فان وطي الجارية جائز
بملك الرقبة والاسباب يصلح كنايات عن المسببات كالجماع يسمى مسيسا
والعنب يسمى خمرا والمطر سما وان كان المحل لا يقبل الحقيقة جعل كناية
ومجازا عما يسلمه كما لو حلف لا ياكل من هذه النخلة انصرف الى ما يخرج
منها دون النية لان اللفظ اذا لم يحتمل الا وجها واحدا استغنى عن النية
كما يستعمل اسم الاسد في الشجاع والحمار في البليد بغير نية لتعين المعنى
في العرف وذكر ابو بكر بن العربي عن الطوسي حكايات في ذلك وضعفها كلها
وعزاه العراقي ايضا وقال عول علي منا فقها من قول ابي حنيفة رضي الله
عنه قالوا ولذا فعل اهل خراسان كلهم وبعض المالكية قوله ولا
ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين
او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف اعلم
ان الشهادة في النكاح شرط عندنا واليه ذهب سعيد بن المسيب

وجابر بن زيد والحسن البصري وابرهيم النخعي وسفيان الثوري والاوزاعي
وقتادة والشافعي وابن حنبل حكاه ابن المنذر في الاشراف وقال
عبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون وعبيد الله بن الحسن وابو ثور
يجوز بغير شهود وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن بن علي
وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال ابن ابي ليلى وعثمان البتي ذكره
السرخسي وقالت طائفة يجوز بغير شهود اذا اعلنوه وهو قول الزهري
ومالك واهل المدينة وقال ابو بكر بن المنذر اجاز ابو حنيفة واصحابه
باعميين او محدودين في القذف او فاسقين المجمع على رد شهادتهما
وابطلوه بشهادة العبدين وقد اختلفوا في شهادتهما قلت ما
اجهله والتي خلطه بما لا يعرفه والمراد بالمحدودين التائبين والا
فلا فائدة في ذكرهما مع ذكر الفاسقين وشهادتهما مقبولة عند جماعة
من العلماء بعد التوبة منهم الشافعي والفاسق له شهادة حتى لو حكم به
حاكم نفذ حكمه قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا امرنا
بالتثبت والتبين ولم يامرنا بالرفع والرد بخلاف العبدين فان الشهادة
من باب الولاية اذ فيها الزام على الغير والعبد ليست له ولاية
على نفسه فكيف يثبت له الولاية على غيره وقد جازف في نقل
الاجماع في رد شهادة المذكورين قال وليس يثبت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر قال وكان يزيد
ابن هارون يعيب على اصحاب الراي ويقول امر الله بالاشهاد في
البيع ولم يامر بالاشهاد في النكاح فزعم اصحاب الراي ان البيع بدونه
جائز والنكاح بدونه فاسد قلت جهله اكثر من جهل ابن
المنذر لان الامة قاطبة تعلم ان الامر في الاشهاد على البيع
امر استحباب ويزيد ليس له من الفهم الا التعلق بالصور دون المعاني
والجمهور من العلماء واهل الفتوى على اشتراط الاشهاد في النكاح كما
تقدم وطعنه هذا طعن على الذين ذكرناهم من السلف الصالح ولا يحص

ابا حنيفة واصحابه واجاز النكاح بشهادة رجل وامراتين معنى الشعبي
وداود واصحابه وكذا في النساء ابن حنبل ذكره في المغني واجازه ابو
محمد بن حزم وجوزه بشهادة اربع من النساء وقال امام الحرمين في النهاية
لا ينعقد بحضور الفاسقين لان الشهادة فيه معقولة المعنى وهو
صون العقد عن الجحود لان العقد لا يثبت بشهادتهما قلت هذا
باطل بالمستورين فانه لا يثبت بشهادتهما عند الجحود ويصح العقد
بحضورهما وبابني الزوجين وبعدويهما على الاصح ولا يثبت بهما وقيل
ابنا الزوجين بمنزلة الاعميين وهو في نهاية الرداءة الا ان يسلك فيه
مسلك ابي حنيفة واصحابه انه تعبد لا يعقل معناه قلت ليس
كذلك عندنا بل هو معقول المعنى عندنا من وجهين احدهما هو اظهار
خطر البضع وتعظيمه بان لا ينفرد واحد بعقد النكاح بل يتوقف صحته
على شاهدين بخلاف البيوع والاجارات وسائر العقود فكان له بذلك
مزية على غيره من العقود والوجه الثاني ان النكاح يتميز بذلك
عن السفاح لحصول الاعلان به والزنا لا يكون الا سرا ولو شرط
كتمان العقد مع حضور شاهدين صح العقد عندنا وهو قول الشافعي
وابي سليمان الخطابي والظاهرية وابن المنذر وقال مالك يفرق بينهما
وفي المبسوط وسر الثلاثة غير مكتوم وفي المحلي لا كل سر جاوز اثنين
شائع وقول الشاعر

اذا جاوز الاثنين سر فانه بنشر وتكثير الحديث قمين

وقال ابو عمر بن عبد البر روي عن ابن عباس وابن عمر وابي هريرة
رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل وهو ضعيف لا يثبت وقال امام الحرمين في النهاية ان النكاح
هو المعني بالاحتياط دون الثبوت عند جحد احدهما فانه لا يشترط الشهادة
على رضى المراة واذنها وانما يثبت النكاح عليها اذا جحدت بعد ثبوت
اذنها والاشهاد على اذنها غير مشروط فلم يكن لاشتراط الشهادة

للنكاح لاجل اثباته عند الجحود اصلا ويدل عليه حديث ابي هريرة عن ابي سعيد
قال لا نكاح الا بولي وشهود ومهر الا ما كان من النبي صلى الله عليه وسلم
ولم يرفعه الدارقطني وذكر شمس الدين سبط ابن الجوزي عن الدار
قطني رفعه ولا اصل له وياتي الكلام على ذلك في باب الاولياء والاكفاء
مستوفى ان شاء الله تعالى وفي المشكلات وينعقد بشهادة الاخرسين
والمغفلين وابني الزوج وابني الزوجة وابنيهما وفي المغني وفي شهادة
عدوين وابني الزوجين او احدهما وجهان واختار الانعقاد ابو عبد الله
ابن بطة ولا ينعقد عند الكافة بالعبدين والمكاتبين والمدبرين
والصبيين والاصمين في المختار وفي المغني ولا ينعقد بشهادة اصمين
ولا بشهادة اخرسين وفي انعقاده بشهادة مراهقين احتمالان وينعقد
بشهادة عبدين واعميين وهو احد الوجهين للشافعية كالشهادة بالاستفاضة
هذا اذا علما صوتهما وفي النهاية واجمعوا على انه لا ينعقد بشهادة
الاصمين وافضى الامكان ان الاصم حضوره كغيبته قال وليس بنهج على
مذهب التقييد الاكتفاء بحضور من لا يسمع ولو كانت الحكمة والسر الاثبات
عند الجحود لانعقد بحضور مراهقين وفاسقين لانه يصح منهم الاداء
اذا بلغا وتاب الفاسقان وفي الذخيرة لا ينعقد النكاح بشهادة
النائمين لا يسمعان كلام المتعاقدين وفي قنية المنية ينعقد بهما
وهو الصحيح ولا ينعقد بشهادة الاصمين هكذا ذكر في نظم الزندويستي
وذكر القاضي الامام الاسبيجابي انه ينعقد بشهادة الاصمين وذكر
الامام ركن الاسلام ابو الحسن علي السعدي في شرح السير الكبير
انه ينعقد بشهادة الاصمين والمختار انه لا ينعقد بهما ذكره في عمدة
الفتاوى وحاصل الخلاف بناء على ان سماع الشهود كلام المتعاقدين
هل هو شرط انعقاد النكاح ام لا منهم من يقول الشرط حضورهما
لا سماع كلامهما ومنهم من قال هو شرط ونص القدوري في كتابه لانه لا
بد من سماع الشهود كلام المتعاقدين وفي جوامع الفقه لا يصح حتى يسمعا

كلامهما وفي المحيط تزوج بحضرة السكارى صح اذا وعوا ثم لم يذكروا بعد
ما صحوا واما فهم الشهود كلام المتعاقدين فقد ذكر البقالي في فتاواه
قيل لا اعتبار بسماع الشهود لفظ النكاح وان لم يعرفوا تفسيره قال
والظاهر خلافه وفي البقالي ايضا عن محمد فيمن تزوج بحضرة هنديين
لم يفهما ولم يعلما ان يفسرا ما سمعا لم يجز وفي النوازل عن محمد ان علما
ان تعبيرا ما قالا لو اجازا النكاح وفي جوامع الفقه لا يصح حتى يفهما ويعلما
انه نكاح فان سمع احدهما ثم اعيد على الاخر فسمعه دون الاول لم يصح
الا رواية عن ابي يوسف ذكرها في المنتقى وقال ان كان المجلس متحدا جاز
استحسانا وقال الحاكم ابو الفضل وقد روي عن ابي يوسف انه لا يجوز
حتى يسمعا معا وفي فتاوى الليث تزوج امراة بحضرة رجلين احدهما
اصم فسمع رفيقه وصاح في اذنه حتى سمعه لا يجوز نكاحه ولذا
لو صاح بعض من سمعه وفي نظم الزندويستي اذا سمع احدهما كلام الزوج
كلام الزوجة والاخر كلام الزوج وهي مجلس واحد يجوز عند ابي سهل
وقال عامة العلماء لا يجوز ولا يجوز في مجلسين استدل الشافعي بالاحاديث
التي فيها ذكر العدالة وليس فيها صحة على ما ياتي ان شاء الله تعالى ولان
الشهادة من باب الكرامة ولا يستحقها الفاسق لانه من اهل الاهانة
وفي المبسوط ولنا طريقان احدهما ان من صلح وليا في النكاح
بولاية نفسه صلح شاهدا فيه ولذا عندهم في احد القولين والمذهب
لا يلي ولذا السفيه على المذهب هكذا ذكره النواوي في مختصر المحرر
وفي النهاية نص الشافعي في الكتب الجديدة والقديمة ان الفاسق يلي التزويج
والكافر يلي الكافرة وهو فاسق وهذا لا يقبل شهادته لا لاهليته ولا لعجزهم
عنه وقولهم لا يثبت به العقد عند الجحود ولا يعتبر بطل بالمستورين
فانه ينعقد بهما ولا يثبت عند الجحود وبابني الزوجين وبعدوهما على الاصح
عندهم وقال امام الحرمين في النهاية ليس اشتراط الشهادة في النكاح
لاجل اثباته عند الجحود لان الشهادة على اذنها مشروطة ولا يثبت النكاح

عند محمد بها بدون الشهادة على اذنها وقد ذكرناه هذا كله والطريق الثاني انه
صلح مقلدا اعنى اى خليفة واميرا لان الخلفا بعد الخلفا الراشدين لم يسلم
كثير منهم عما يشينه فى دينه من ظلم وتعاط فيصلح مقلدا اى قاضيا
فلذا شاهدا اذ القضا والشهادة من واد واحد وكل واحد منهما فيه
الزام على الغير وفى اشتراط ذلك حرج من غير بلوى قال فى المنهاج
لو شهد فسق الشاهد عند العقد لان العقد باطلا على المذهب
فهذا يفضى الى بطلان عامة انكحة المسلمين بلا ريب وذلك قال
قيل ينتقض الحد الذى ذكرتم بالمكاتب فانه يصلح وليا فى النكاح
فى تزويج امته ولا يصلح شاهدا فى النكاح قيل له الولاية مستفادة
من غيره وهو مولاه فلم يباشر بولاية نفسه والمحدود فى القذف
التائب ينعقد به النكاح باتفاق منا ومن الخصم اما عندنا فظاهر
لانه يحكم بشهادته وعنده فلانه من اهل التحمل دون الاداء للتهمة
والحاكم يكذبه على ما ياتى بيانه فى الشهادات ان شاء الله تعالى
فاسقه الاعمى وابنى العاقدين على ما مر قوله وان تزوج مسلم ذمية
بشهادة ذميين جاز عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد وزفر
والشافعى وابن حنبل لا ينعقد وعن ابن حنبل يخرج على رواية
قبول شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض قول بانعقاده وعلى
قولها سواء كانا موافقين لها فى دينها او مخالفين وفى المحيط والبدائع
لا ينعقد نكاح الكفار بشهادة الكفار عند الشافعى وفى الاسبيجابى
والينابيع فان اسلم الذميان فادعيا جاز عندهما ولا عند محمد الا اذا
كان معهما مسلمان عند العقد سواها وفى الينابيع جاز عندهما
ويريد به فى حق الانعقاد لا فى حق الاظهار والاول اصح وان اختلفا
والمراة هى المنكرة قبلت عندهما وعند محمد الا اذا كان معهما مسلمان سوانا
قبلت والا فلا وان انكر الزوج لم تقبل بالاجماع وفى البدائع لا تظهر عند
محمد سواء قالا كان معنا مسلمان او لم يقولا ذلك قال هو الصحيح من مذهبه

وفى الاسبيجابى والينابيع رجل زوج ابنته بشهادة اخويها فوقع التجاحد
فان كان الاب هو الجاحد تقبل سواء وقعت الشهادة على الاخت او لها
وان كان الاب مع المدعى منهما لا تقبل عند ابى يوسف وعند محمد تقبل فمحمد
رحمه الله اعتبر التهمة ولا منفعة له فى هذا وابو يوسف نظر الى الدعوى
والانكار وعلى هذا لو قال لعبده ان كلمك زيد فانت حر فشهد ابنا زيد انه
كلمه والمولى ينكر فعند محمد تقبل سواء ادعى الاب كلامه او انكره
وعند ابى يوسف لا تقبل مع الدعوى وكذا الوكيل فى العقد لو شهد
ابناه وكان حقوقه يرجع اليه لا تقبل والا تقبل عند محمد وعند ابى
يوسف لا تقبل مع الدعوى وتقبل مع الانكار رجعت الحقوق اليه
ام لا المحدود ومنها قوله قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى وشاهدى
عدل رواه الدارقطنى واحمد والمراد به عدالة الدين لا عدالة التعاطى
لاتفاقنا ان الفسق بالتعاطى لا يمنع صحة النكاح هكذا ذكر فى البدايع
ولان الاشهاد شرط العقد وهو يقوم بهما ولم يوجد على الطرفين
ولانه لا شهادة له على المسلم فكانت كالعدم فى حقه فكانه لم يسمع
كلامه قلت وفى هذا خلاف قد تقدم من قريب عدم القبول على قول
اذا قالا كان معنا مسلمان بعد ولانه بالنقل تحرز لان فيه اثبات فعل
المسلم بشهادة الكافر فلا تقبل كمسلم ادعى عبدا فى يد ذمى فجحده وزعم
ان العبد عبده فاقام المسلم شاهدين ذميين على ان العبد عبد المسلم
قضى له به القاضى ولان لا تقبل شهادتهما المنافية من اثبات فعل المسلم
بشهادة الكافر وهو قضا القاضى له بشهادة الكافر لذا هنا وفى
المبسوط ولهما طريقان احدهما ان الذمى يصلح وليا للذمية فى تزويجها
وقابلا لهذا العقد فيصلح شاهدا فيه على ما مر بل اولى لان الايجاب
والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا قام الذى هو ركنه فالشرط
اولى والثانى انهما يشهدان عليهما لان الواجب على الزوج انما هو المال
والشهادة لا تشترط فى المال ولا ذكر اصلا وانما تشترط الشهادة لملك

البضع ليخرج بها عن السفاح لانه يكون سرا في العادة وذلك بشهادة عليها
وهي مقبولة بحال لهما اذا لم يسمعا كلامه فان العقد يقوم بكلامهما
وسماعهما كلام المسلم مع ان فيه منعا على ما مر الا ترى انه لو كان
معهما مسلمان عند العقد كفا مسلما وشهدا بالعقد عند انكار المسلم
قبلها لاتفاق ولو تزوجها بغير شهود وهو عندهم جائز لم يحكم
لعدم الصحة في حق الزوج ولا معتبر باعتقادها في حقه وفي النهاية
الكافر يزوج ابنته الكافرة اذا كان عدلا في دينه قال وذهب قوم الى
ان الكافر لا يزوج الكافرة واليه صار الحليمي لانه بمنزلة الفاسق فاذا
قلنا الفاسق لا يليه فالكافر مثله قلت … اذا اعتبروا كونه
عدلا في دينه فهو بمنزلة الفاسق المسلم في ولاية المسلمة وقالت
المالكية انكحة الكفار فاسدة مع ان ولاية الكافر على الكافرة صحيحة
عندهم والشهادة ليست بشرط عندهم والاسلام يصححها والله اعلم
مسألة رجل يتزوج بشهادة الله ورسوله لم يجز وعن ابي القاسم
الصفار انه يكفر لانه اعتقد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلم الغيب
ذكرها في المسكلة سعيين قوله ومن امر رجلا ان يزوج
ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما
جاز النكاح ويجعل الاب مباشرا لانتقال عبارة الوكيل اليه
في المجلس لانه يصير عنه فبقي الوكيل المباشر شاهدا مع الرجل
الاخر وان كان الاب غائبا لم يجز لتعذر النقل اليه لمغايرة المجلس
ولا يمكن جعل الاب مباشرا له اذ لا يمكن مباشرته حقيقة فلذا حكما
ولهذا جعل الزوج واطئا بالخلوة الصحيحة تقديرا في حق تكميل
المهر اذا لم يكن عاجزا عن الوطء فاذا كان عاجزا حقيقة او شرعا لم يكمل
بها المهر لعدم تصوره ولذا جعل الاهل بالاحكام في دار الاسلام جعل
عالما تقديرا لتصوره بخلاف دار الحرب وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته
البالغة باذنها بحضرة شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز النكاح

لانها تجعل مباشرة حكما فبقي الاب شاهدا مع الشاهد الاخر وان كانت
غائبة لم يجز لتعذر عبارة الاب اليها لاجل غيبتها ثم انما جعل الوكيل
شاهدا في مسألة الصغيرة دون الابنة في البالغة جعل الاب شاهدا
لان الاب ولي في مسألة الصغيرة ولا يصلح شاهدا بخلاف
الكبيرة وفي الذخيرة امرأة زوجت نفسها البالغة بحضرة ابويها
بحضور رجل واحد وامرأة جاز النكاح وان كانت البنت غائبة لم
يجز لما ذكرنا وان كانت البنت صغيرة لم يجز سواء كانت حاضرة او غائبة
ومن هذا الجنس ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده ان رجلا وكل
رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه الوكيل امرأة بحضرة شاهد واحد
ان كان الموكل حاضرا يجوز لان الموكل يجعل عاقدا ويبقى الوكيل
شاهدا وان كان الموكل غائبا لا يجوز وعلى هذا امرأة وكلت رجلا
بان يزوجها من رجل فعقد بحضرة امرأتين والموكلة حاضرة جاز
فان انكر الزوج والمرأة هذا العقد يقبل شهادة الرجل والمرأتين
فيما اذا لم يقل الوكيل انا زوجتها اياه لم الوكالة قيل لنجم الدين النسفي
هل يكفيه ان يقول هذه امرأة هذا قال لا بد من اثبات العقد قال ولو
قال بان الوكيل يشهد فيقول هذه امرأة هذا بعقد صحيح بتزويج
منزله ولاية التزويج وقبول منزله ولاية القبول لا ينعقد ولكن لا
احفظ رواية في هذا لصاحب الذخيرة والعلة ان يشهد
الوكيل ان هذه امرأة هذا ويقبل القاضي ذلك ولا يحتاج الى اثبات
العقد وقد سئل ابو القاسم الصفار عمن تولى نكاح امرأة من رجل
وقد مات الزوج والورثة ينكرون النكاح هل يجوز للذي تولى العقد ان
يشهد له نعم ويذكر العقد لا غير فيقول هذه منكوحته واذا قالوا
في الاخوين اذا زوجا اختهما ثم ارادا ان يشهدا على النكاح فانهما يقولان
هذه منكوحته ولو قالا زوجناها لا يقبل ولو وكل رجل ان يزوج
عبده امرأة فزوج الوكيل العبد امرأة بشهادة رجل واحد والعبد حاضر

لا يجوز لان العبد لا ينتقل اليه العبارة لان الوكيل ليس بوكيل من جهة
العبد حتى ينتقل عبارته الى العبد فبقي الوكيل متزوجا لا شاهدا
وان اذن لعبده ان يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل اخر فقد قيل
لا يجوز النكاح لان العبد وكيل من جهة المولى وعبارة الوكيل في باب
النكاح ينتقل الى الموكل فكان المولى زوجه بنفسه قال ولكن هذا
القول ليس بصواب وانه مخالف اصل اصحابنا فان من اصلهم
ان العبد المأذون ليس بوكيل عن المولى في التصرف والاذن
بل الاذن فك الحجر وتصرف المأذون بحكم المالكية الاصلية
فتقتصر عبارته عليه ولا ينتقل الى المولى فيصلح المولى شاهدا
واذا زوج المولى عبده البالغ امرأة والعبد حاضر بحضرة رجل جاز
العقد لان العبد اذا كان حاضرا خرج من ان يكون متزوجا فيصير
العبد كانه باشر بنفسه والمولى يصلح شاهدا ولو كان العبد
غائبا لا يجوز لان المولى لا يمكن اخراجه من ان يكون متزوجا وكذا
لو كان العبد صغيرا او مجنونا وفي قنية المنية عن برهان الدين صاحب
المحيط رجل زوج عبده امرأة وهو حاضر بشهادة رجل واحد جاز
وكذا الامة وقال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز فيهما بخلاف البنت
البالغة قال وقد استفتينا فيها روايتان عن الحاوي في الفتاوى
للبخاري امرأة ادعت على ورثة الزوج فانكروا النكاح والشاهد
تولى التزويج قالوا لا يذكر العقد عن نفسه بل يشهد ان فلانة امرأة
فلان تزوجها فلان بنت فلان في شهر كذا فصل في بيان المحرمات
قوله لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال
والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم الاية والجدات امهات
اذ الام هي الاصل في اللغة قال الله تعالى هن ام الكتاب ومكة
اصل الارض فانها دحيت من تحتها ومنه قوله عليه السلام الخمر ام
الخبائث فيتناول الام بغير واسطة وبواسطة احتياطا ولهذا

لانا نحمل الجدة الثالث وفي المبسوط من يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز يقول
حرمت الجدات بالنص ومن يمنع يقول ثبتت حرمتهن بالاجماع واسم الام يتناولهن
مجازا ومنهم من يقول يتناول الكل حقيقة الا انه اقوى في الام على
الجدة مجازا ولهذا كان من نفى ذلك صادقا وهو ما يعلم به الحقيقة
من المجاز وقد تأيد ذلك بالشرع فان من قال لست بابن فلان لجده
لا يصير قاذفا وفي قاضي خان لما بالنص وبدلالة الاجماع وفي شرح
مختصر الكرخي اذا لم يجز الجمع بين الحقيقة والمجاز يكون حرمة
الام بالنص وحرمة الجدات بالاجماع هكذا قاله الشيخ ابو الحسن
القدوري وفي الذخيرة للمرأ فيه انعقد الامة على ان المراد بهذا القريب
والبعيد من كل نوع واللفظ صالح له كقوله تعالى يا بني ادم يا بني اسرائيل
ملة ابيكم ابراهيم فاثباتك ثبوت حرمة الجدات وبنات البنين
وبنات البنات بالاجماع صحيح لانه يفيد العلم لكن اختلفوا فيه هل هو
محتاج الى دليل اجمعوا عليه او هو بنفسه حجة ولا يحتاج الى مستند ويسمى
الاجماع التسحسي والمختار انه لا ينعقد الا عن دلالة وهي ما يفيد العلم او
امارة وهي ما يفيد الظن ولا يكون الاجماع بالتشهي من غير دليل على الصحيح
سوال وقع الايمان على الاباء والامهات لا يدخل الاجداد والجدات
بخلاف الايمان على الاولاد فانه يدخل فيه اولاد الاولاد قالوا والفرق
ان الجد والجدة اصل والاصل لا يكون تبعا ولا كذلك ولد الولد فانه تبع
فيحمل في الامهات تبعا ايضا فيكون حرمة الجدات على هذا ثابتة بالاجماع
وبنات البنين والبنات ثابتة بالنص والاجماع كما تقدم وفي اصول الفقه
للسرخسي الحرمة بهذه النصوص ثابتة للاعيان الموصوفة بها حقيقة
اذ لو جعلت الحرمة صفة للفعل لم يكن العين حراما الا ترى ان شرب
عصير الغير واكل مال الغير فعل حرام ولم يكن ذلك دليلا على حرمة
العين واثبات صفة الحرمة انما هي صفة في افعالنا وهو قول المعتزلة
وفي البدائع اما ان يعمل بحقيقة الكلام ويقال بحرمة الاعيان حقيقة وهو

مذهب اهل السنة والجماعة وهي منع الله الاعيان عن تصرفنا فيها
باخراجها ان يكون محلا لذلك شرعا فامهات وبنات الاباء والبنين نسب
حرمتهن بدلالة النص لانهن اقرب من بنات الاخ وبنات الاخت ولذا من
الاخوات لانهن اولاد الاب وهن اولاد اولاده ولا يحل له ان يتزوج بابنته
ولا ببنت ابنه وبنته وان سفلت ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات
اخيه ولا بعمته ولا بخالته الى اخر ما ذكره وفي جوامع الفقه
للعتابي تحرم عليه امه وجداته ام ابيه وان علت وام امه وان
علت من جهة النسب والرضاع وعماته من جهة النسب والرضاع
وخالاته كذلك وامهاتهن وان علون وعمات عماته الا اذا كانت عمته
لام الاب فان عمتها اجنبية عنه ولذا خالات خالاته الا اذا كانت
خالته لاب فخالاتها اجنبية عنه ولذا تحرم عليه عمات ابويه وعمات
جداته وخالاتهن كلهن حرام عليه وعلى امه وابن ابنه وابن بنته
وابن بنت بنته وان سفلوا ولذا بناته وبنات بناته من جهة البنات
والبنين وان سفلن حرام عليه وعلى ابائه واجداده نسبا ورضاعا
وان علوا واما نوافله فلا يحرم بعضهن على بعض اذا اختلفت ابوتهن
واولاد الاخوة والاخوات تحل بعضهن لبعض وفي الذخيرة اولاد الاعمام
والعمات والاخوال والخالات هن مباحات لقوله تعالى وبنات عمك
وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك وفي السراج حرم الله العمة والخالة
ولم يحرم بناتهما ولذا اولاد اولادهم وان سفلوا فيجوز التناكح فيما
بينهم من جميع القرابات وهم ارحام لا محارم وفي المحيط خالة لاب
وام او لام وخالات ابائه وامهاته حرام عليه واما خالة خالته فان
كانت الاولى تكون امراة الجد لابي الاب لا ام الام فاختها تكون امراة اي
الاب واخت امراة الجد لا تحرم عليه وفي الاسبيجابي والوبري المحرمات
احد وعشرون نوعا سبعة من جهة النسب وذلك في قوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم الاية وسبعة من جهة الرضاع على ما ياتي واربعة من

جهة المصاهرة واثنان من جهة الجمع وواحد من جهة الكفر فالسبعة
من جهة النسب مذكورة في الاية كما مر وهي اصناف ثلثة الاولى
ولادك وام ابيك وام امك وان علت فيهما وبنتك اصناف ثلثة بنتك
لصلبك وبنت ابنك وان سفل وبنت بنتك كذلك واختك على اصناف
ثلثة اختك لابويك واختك لابيك خاصة واختك لامك وعماتك اصناف
ثلثة عمتك اخت ابيك لابيها وامها واخت ابيك لاب وام واخت ابيك
لابيه واخت ابيك لامه وخالاتك اصناف ثلثة خالتك اخت امك
لابيها وامها واخت امك لابيها واخت امك لامها وبنات اخوتك اصناف
ثلثة بنت اخيك لاب وام وبنت اخيك لاب وبنت اخيك لام
وبنات اختك كذلك وكلهن محرمات على التابيد بالكتاب والسنة
والاجماع والسبع من جهة الرضاع ياتي في باب الرضاع ان شاء الله
واما الاربعة التي من جهة المصاهرة فام الزوجة دخل بها او لا
وكذا امهات ابيها وامهات امها وان علت وكذا بنتها وان سفلت اذا دخل
بها وكذا موطوءة الاب حرام على الابن وان سفل عقدا جائزا او وطيا
وان كان العقد فاسدا لا تحرم عليه الا بالوطي او المس بشهوة او نظر
الى فرجها بشهوة وكذا حليلة الابن وابن الابن وان سفل حرام عليه
سواء كان ابنه من النسب او الرضاع وحليلته موطوءته حلالا وحراما
او معقودته فهذه الاربعة من جهة المصاهرة ويجوز التزوج بامهات
حلائل الابناء وبناتهن كذا في شرح مختصر الكرخي وفي المغني لا
يحرم بنات زوجات الاباء والابناء واما النوعان من جهة الجمع
فالجمع بين الخمس والجمع بين الاختين وفيه نوعان اخران وهو
الجمع بين العمة وابنة اخيها والجمع بين المراة وابنة اختها واما الذي
من جهة الكفر فالمجوسية والوثنية وعبدة الشمس والنجوم وكل من لا
كتاب له والمرتدة وياتي الكلام على ذلك مفصلا وعلى بيان مذاهب الناس
في مكانه ان شاء الله وفي المبسوط والمحيط والبدائع وقاضي خان والمنافع

المحرمات انواع ثلثه سبعه اصناف في النسب وقد ذكرناها واربعه بالصهر
امهات النسا والربايب وحلايل الابنا وفي المحيط دخل بها او لا
وما نكح الابا فهذه المحرمات احد عشر صنفا حرمت بالنسب
والصهارة فيصير اثنين وعشرين صنفا من التحريم وسبع تحرم
بالجمع والادخال الاخت والخمس والامة على الحرة وتزويج الاربع
في عده الموطوه وتزويج اختها فيها وما يسمى المستزله وفي المبسوط
الاجنبيه هي المجاوزه في الرحم او الصلب فالاسم حقيقه في
المتفرقات وفيه نظر والنسبه مع بقا التا مذهب يونس وعند
سيبويه اخويه ويشهد لقوله الاكوليه وفي احكام القران للشيخ
ابي بكر الرازي وقاضي خان عن ابن عباس يحرم سبعه في النسب
وسبعه بالسبب وفي المحيط ام العمه حرام لان ام العمه لاب وام
او لاب هي ام ابيه وعمته لابيه هي اخت ابيه لان امها تكون امراه
جده اي للاب وامراة الجد حرام ولا عمات ابيه وعمات اجداده وعمات
امه وعمات جداته وام العمه ان كانت العمه عمه لابيه وامه
او لابيه فام العمه حرام لانها تكون جده اي للاب وهي حرام
وان كانت العمه الغير جيه لامه فام العمه لا تحرم لان ام العمه تكون
زوج ام ابيه فعمتها تكون اخت زوج الجده ام الاب واخت زوج
الام لا تحرم واخت زوج الجده اولى وفي الجواهر ضابط المحرم
الاصول والفصول وفصول اول الاصول واول فصل من كان
اصلها وان علا فالاصول الابا والامهات وان علوا والفصول
الابنا والبنات وان سفلوا على الخلاف فصول ابي الاصول وبالهيا
وان علا اذا كان فيهم اولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات
وهن مباحات وقد تقدم ذلك [illegible] قال المحمي من اهل اللغه
كل ام حرمت بالنسب حرمت اختها وكل اخت حرمت لا تحرم اختها
فقد تزوج الرجل المراة ولكل واحد منهما ولد فيقبل الزوج والزوج

فما اولدتك له ابنه المراة من غير ابيه ومثله عندنا وكل عمة حرمت
فلا يحرم احدها الا بسببها ولا يكون اخت ابيه ولا اخت جده وفي المقتبس
لابن الغزلي المحرمات اربعون امراه اربع وعشرون مويدات التحريم
سبع من النسب وسبع من الرضاع واربع من الصهر ام الزوجه
وبنتها وزوجة الابن والاب وثلث في الجمع المراة مع اختها
او عمتها او خالتها فهذه احد وعشرون والملاعنة والمنكوحه في
العده ونسا النبي عليه السلم وست عشرة لعارض الخامسه والزوجه
والمعتده والمستبراه والحامل والمجوسيه والمشركه والامه الكتابيه
والامه المسلمه لواجد طول الحره وامة الابن والمحرمه والمريضه
وذات محرم من زوجته لا يجوز الجمع بينهما واليتيمه والمنكوحه
يوم الجمعه عند الزوال والمنكوحه بعد الركوب وفي الجواهر
والمرتده والمشركه وقال النووي في شرح كتاب مسلم بن الحجاج
المسمى بالمنهاج العمه والخاله حقيقتان اخت الاب واخت الام
واخت اب الاب واب الجد وان علا ولذا اخت ام الام وام
الجده من جهتي الام والاب وان علت وهذا يتفق بين الجوامع
والسبع يجوز وعلى هذا الجمع بملك اليمين واما الجمع بين بنتي العم
والخاله ونحوهما فجايز الا ما يحكى عن بعض السلف انه كره ذلك وهو
مروي عن ابن مسعود وجابر بن زيد وعطا والحسن والاول قول
سليمان بن يسار والشعبي والاوزاعي ومالك والشافعي واصحاب
ابي عبيد واما الجمع بين زوجه الرجل وبنته من غيرها فجايز
عند الجمهور كالايمه الاربعه وغيرهم وقال الحسن البصري وعكرمه
وابن ابي ليلى وزفر لا يجوز وفيما لا يجوز الجمع لا يجوز ادخال احداها
على الاخرى وسياتي الكلام على ذلك في مكانه ان شا الله تعالى فصل بله
قوله [illegible] لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته صوابه
تزوجها لان الفعل يتعدى الى المفعول بغير واسطه قال الله تعالى زوجناكها

فان قيل وقد قال الله تعالى وزوجناهم بحور عين قلنا امراة
ونالهم بحور عين يريد ان الجنة ليس فيها تكليف ولا عقد نكاح
قوله ولا بام امراته دخل باينتها او لم يدخل وروي عن ابن
مسعود وجابر ورواية عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ان ام الزوجة
لا تحرم على الزوج حتى يدخل بالبنت ولا تحرم بنفس العقد حتى لو طلقها
قبل الدخول بها او ماتت جاز له التزوج بامها وهو قول مالك وبشر
المريسي وابن شجاع وداود الظاهري ويروى عن ابن عباس ذكره
ابو بكر في مصنفه وهو قول ابن مسعود ذكره في الذخيرة القرافية
وقولنا قول الجمهور وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله
ابن عباس وعبد الله بن عمرو وزيد بن ثابت وعمران بن الحصين والشافعي
وابن حنبل ومالك في الصحيح وفي النهاية لامام الحرمين قال مالك انما
تحرم الربيبة اذا كانت صغيرة يوم العقد فتحصل في حجره ويكفلها واذا
كانت كبيرة يوم العقد لا تحرم وعند زيد بن ثابت موت الام قبل الدخول
بها بمنزلة الدخول لها في تكميل المهر ووجوب العدة وهو اختيار ابي بكر
من الحنابلة قلنا جعل الموت بمنزلة الدخول في اثبات الحرمة نصب
شرط بالراي فلا يجوز ولا يقام به مقام الشرط وليس هو بمنزلة
الدخول في الاحصان والاحلال ووجوب عدة الاقراء وفي المغني فان خلا
بها ولم يطاها لم تحرم عليه ابنتها وهو قول محمد وزفر ورواية عن ابي
يوسف ذكرها في الذخيرة والتقبيل والمس بشهوة كالدخول في التحريم
وفي ظاهر قول الخرقي تحرمها وهو قول ابي يوسف ذكره في المحيط فلم يكن
الموت بمنزلة الدخول من كل وجه فلا يحرم بوجه [illegible] من اشتراط الدخول
بالبنت في تحريم الام قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وزعم ان
الموصول صفة لهما عائد اليهما وللجمهور اطلاق قوله تعالى وامهات نسائكم
من غير قيد وعن ابن عباس ابهموا ما ابهم القران يعني عموا احكامه في كل حال
واطلقوا ما اطلقه وعن ابن عباس وعمران بن حصين هي مبهمة وعن

طاوس مثله وعن مسروق ما ارسل الله فارسلوا وما بين فاتبعوا وعن
عطا لا يفعل هي مرسلة ومثله عن ابن عباس قضينا وقضيتان ولا يجوز
العطف في الموصول لان النساء في وامهات نسائكم مجرورة بالاضافة
وفي قوله من نسائكم مجرورة بحرف من فلو كان اللاتي دخلتم بهن صفة
لهما عائدا اليهما حتى يكون الدخول شرطا فيهما الحرمة لا يجمع
عاملان وهما المضاف وحرف الجر على معمول واحد اذ العامل في
الموصوف هو العامل في الصفة واجتماع عاملين على معمول واحد ممتنع عند
اهل العربية قال شمس الايمة السرخسي فكانت المذكورة في قوله
تعالى وربائبكم للاشتراط قلت لو كانت للاشتراط لم تثبت الحرمة فيهما
وانما تثبت بالعطف على امهاتكم وانما عطف الربائب من نسائكم موصوفة
على امهات نسائنا غير موصوفة بتلك الصفة وقال السروجي او لكن
ولان امهات نسائنا غير موصوفة لسن من نسائنا والربائب
نسائنا اذ الام ليست من النساء [illegible] فلم يصح تصديقه ورد
الكواشي فان قيل الصفة شرط والشرط المذكور اخرا انصرف
الى الكل اجماعا كقولك زينب طالق وعمرة ان دخلت الدار تعلق
طلاقهما بالدخول قال الجواب ان قوله دخلتم بهن ليس شرطا
لانه موجود وانما عطف موصوفة على غير موصوفة كقولك زينب
طالق وعمرة القائمة ثم عليهما اذا كانت عمرة قائمة قلت الفرق ان
القائمة لا تصلح لهما [illegible] الا ان تصلح [illegible] ايضا من الوجه
الذي ذكرته [illegible] في الفرق بين الام والبنت شرعا ان المتزوج بالبنت
لا يخلو من محاورة ومراجعات امها وبين الام بعد العقد قبل
الدخول فحرمت الام بالعقد على البنت ليشترط [illegible] عن الام وتقع
ياسة منها الموت بها صارت محرمة له ولا كذلك عكسه اذ لا يحصل مظنته
خلطة الربيبة الا بالدخول بالام ذكره ناصر الدين بن المنير ومعناه
في المبسوط ووجه اخر ان الام تؤثر بنتها على نفسها في العادة

فلم يحرم البنت فالعقد على الام بخلاف العكس فكانت القطيعة في تزوج
الام بعد العقد على البنت أشد وسواء كانت الربيبة في حجره او
في غير حجره وهو مذهب الائمة الاربعة واصحابهم وروي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما انهما رخصا فيها اذا لم تكن الربيبة في حجره وبه
قال داود من اهل الظاهر رجوعا الى ظاهر الاية ولنا ان ذكر
الحجور خرج مخرج الغالب لا الشرط فلا يكون له مفهوم حينئذ
اجماعا لانه للخطاب وهذا النفي في موضع الاحلال بنفي الدخول
ومثله في المبسوط يعني ان الله تعالى قال فان لم تكونوا دخلتم بهن
فلا جناح عليكم ولم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يكن في حجوركم
فدل على ان الحجر خرج مخرج العادة فان قيل وعليهما سؤال
وهو ان الحرمة لو كانت بالدخول وكون الربيبة في الحجر لا يلزم
في الاحلال نفي كل واحد منهما اذ الكل ينتفي بانتفاء المجموع والمجموع
ينتفي بانتفاء جزء كما ينتفي بانتفاء كل فرد من المجموع واجيب بانه
اذا نفى احد شطري العلة كان شطر العلة باقيا وشطر العلة يعمل
عمل العلة في الحرمات ومواضع الاحتياط ولهذا احرم النساء بجزء
العلة وفي زيادات قاضي خان لا يجوز التصرف في بدل الصرف
لانه ممنوع من وجه ومبيع من وجه فيجعل في حرمة الاستبدال
مبيعا احتياطا وبنفي بكونه مبيعا من وجه في باب الحرمة
والقياس يعارض جواز النكاح على ما عرف ولو وقع التعارض
بين دليل الحل والحرمة يؤخذ بالحرمة احتياطا فعند رجحان دليل
الحرمة اولى ولان الله تعالى اراد بذكر الربيبة في الحجر التشنيع
عليهم بذكر قبح فعلهم كقوله تعالى لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة
ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا فان قيل لم حرمت
ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة الحليلة قلنا لان ابنة الربيبة
ربيبة وابنة حليلة الابن ليست حليلة ولانه نص على التحريم

من النظر اليها

من النظر اليها والخلوة بها بخلاف ابنة حليلة الابن ولا بامرأة ابيه
واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف
سواء كان معقوده الآباء عقدا صحيحا او موطوءتهم بوطء حلال وهو
اجماع او بوطء حرام او بالشبهة روي ذلك عن عمران بن حصين
وبه قال البصري وطاوس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي
والثوري والاوزاعي وقال ابو بكر هو قول ابن المسيب وسليمان
ابن يسار وسالم وحماد وزفر واسحق وابن حنبل ذكر ذلك في المغني
وقال شمس الدين سبط ابن الجوزي هو قول عمر بن الخطاب وابي بن كعب
وعائشة وابن عباس في الاظهر وفي الاسف وابن مسعود وجابر بن
عبد الله وذكر الطحاوي اجماع السلف عليه ولا فرق بين الحرة والامة
والمدبرة وام الولد والمكاتبة والمسلمة والكافرة والعاقلة والمجنونة
والكبيرة والصغيرة الصالحة للاستمتاع وعن ابن عباس في
رواية لا تثبت الحرمة بالزنا وهو قول ابن المسيب وعروة والزهري
والشافعي وابي ثور وابن المنذر وعن مالك واصحابه اختلاف في
ذلك رواية المدونة كقولنا ورواية الموطأ كقول الشافعي والمشهور
عنه الاول وهو رواية ابن القاسم احتجوا بما روي عنه عليه السلام
انه قال لا يحرم الحرام الحلال ولنا الاية المتقدمة وفيها انه
كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا والمراد بذلك الوطء والفاحشة
الزنا والمقت مثله ولا يقال للعقد فاحشة ومقت وامه والجواب
عن الحديث يأتي عن قريب ان شاء الله تعالى ولا بامرأة ابنه وبني اولاده
لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم لا لاحلال حليلة
الابن من الرضاعة وفي البدائع لو جاز نكاح حليلة الابن فربما ندم
الابن على طلاقها فاذا تزوجها ابوه اورث ذلك ضغينة بينهما وفي
المبسوط وعند الشافعي حليلة الابن من الرضاعة لا تحرم بناء على اصله

ان لبن الفحل لا يتعلق به التحريم وفي باب الرضاع من هذا الكتاب
هو احد قولي الشافعي وله مذهبه كقولنا وذهبت طايفة
الى ان لبن الفحل لا اعتبار به في التحريم وانما يقع التحريم من ناحية
المراة روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وعايشة وغيرهم من التابعين
وبه قال اهل الظاهر وابن بنت الشافعي وفي المغني وهو قول ابن
المسيب وسليمان وعطا بن يسار وابي قلابه والنخعي قال الشافعي
هذا خارج عن القياس لان اللبان يتفصل منها لا منه والمتبع فيه
الحديث ذكره المنذري واستشكال الحليلة من الحل او الحلول بانه
حل في فراشه او يحل في فراشه وحليلة ابن الابن وابن البنت
حرام مع انه ليس من صلبه وحرمتها مشكلة وجوابه ما ذكرنا
قاعدة اشتراط التحليل الوطي في الوطي الصحيح وحمل النكاح
على النكاح الشرعي العرفي ولذا في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
اباوكم على النكاح الصحيح وخولفت هذه القاعدة في امهات الربايب
وحمل الدخول على الوطي الحلال والحرام مع انه لا يفهم في العرف من
الدخول الا الوطي الحرام بغير نكاح وهو خلاف القاعدة وهو
قول مالك ذكره في الذخيرة وابن حنبل ذكره في المغني وسر انه
خولفت القاعدة فيهما رعاية للاحتياط والاباحة من الرضاعة
ولا بد ان تحرم من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلم يحرم من الرضاع ما
يحرم من النسب هذا الحديث من رواية سليمان بن يسار وعن
عروة عن عايشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة رواه ابو داود والنساي
والترمذي بمعناه قال الترمذي حديث حسن صحيح واخرجه
البخاري ومسلم من حديث عمرة عن عايشة رضي الله عنها عن النبي
عليه السلم وفي لفظ من الرحم وفي لفظ من النسب والرضاع بعض

الرا وكسرها وبالتاء معهما وانكر الهروي كسرها مع التاء ويأتي الكلام
على المسالة في كتاب الرضاع وعلى ما يستثنى من ذلك ان شاء الله تعالى
قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف وهو عطف على امهاتكم ولقوله
عليه السلم من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمع ماءه في رحم
اختين ذكره في الذخيرة المالكية كذا في الكتاب وكان عثمان رضي
الله عنه يتوقف في الجمع بين الاختين في الوطي باليمين ويقول
احلتهما اية وهي قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما اية وهذا
قول علي ومجاهد عن علي الشعبي ويروى عنه انكاره وفي
الكشاف جعله قول عثمان وعلي ثم قال فرجح علي التحريم وعثمان الاباحة
والاباحة قول الظاهرية وفي المبسوط والاول قول علي وابن
مسعود وعمار بن ياسر ورجحوا التحريم اذ الاخذ بالمحرم اولى
عند التعارض حتى لا يلحقه مأثم ولان الاصل في الابضاع الحرمة
فيجب العمل بالاصل حتى يثبت خلافه وملك اليمين قد دخله التخصيص
بالاجماع حتى لا يباح به المحارم والمملوكة المجوسية والوثنية
والوجه الرابع ان الاية سيقت للتحريم والاولى للمدح بحفظ
الفروج والقاعدة ان الكلام اذا سيق لمعنى لا يستدل به في غيره
ولانها تحمل الثانية الا ما قد سلف لكن ما قد سلف مغفور لقوله
ان الله كان غفورا رحيما وقيل معناه ان نكاح الاختين الذي تقدم
لا يبطله صورة طريان نكاح الاخت عليه وفي المغني عن علي
رضي الله عنه في رجل له امتان اختان وطي احداهما ثم اراد ان يطا
الاخرى قال لا يطا حتى يخرج الاخرى من ملكه وعن ابن مسعود
وابن عمر والنعمان بن بشير ومعوية وعايشة رضي الله عنهم مثله
وعن الشعبي وابن سيرين يحرم من جمع الاما ما يحرم من جمع الحراير
الا العدد فايدة تصريفية قال ابو محمد عبد الله الصيمري

بلميذ لبي سعيد السيرافي في التبصرة والواجراني في جمع حرم حرم على غير قياس
وقيل هي جمع حرمين بمعنى حرم قال وهو غريب وان تزوج اختا امة
له قد وطيها صح النكاح وهو قول اكثر اهل العلم وذكر ابو بكر بن
العربي في العارضة عن عبد الله واشهب من المالكية اذا وطي امة
بملك اليمين ثم تزوج اختها قبل ان يحرم الامة جاز وقال ابن القاسم لا يجوز
ان يعقد النكاح حتى يحرم الامة وقال عبد الملك يفسخ قالوا المعقودة
موطوءة حكما اذ النكاح لغو لا الوطي في حق ثبوت النسب هذا في
الذخيرة فلو صح العقد صار جامعا فيهما وطيا وهو ممنوع قلنا
نفس النكاح ليس بوطي وانما يصير وطيا عند ثبوت حله وهو حل الوطي
ومجي الولد ولكن يثبت بعد العقد والنكاح حال وجوده ليس بوطي فيصح
لصدوره من اهله في محله ثم لا يجوز له وطي احداهما عندنا وذكر في العارضة
انه يجوز وطي المنكوحة عند مالك والشافعي لان الاولى حرمت عليه بالنكاح
والثانية منكوحة فيحل وفي المدونة اذا وطي بملك اليمين ثم تزوج اختها
يوقف حتى يحرم ايتهما شاء وانما لا يجوز وطي واحدة منهما بعد ذلك
لانه لو جامع المنكوحة يصير جامعا بينهما في الوطي حقيقة ولو جامع
المنكوحة يصير جامعا بينهما في الوطي حقيقة ولو جامع المملوكة وحدها
في المنكوحة ولو كانت احداهما منكوحة لا يطا المملوكة لان العقد وطي حكمي
وهو قائم عند الوطي حقيقة ولو جامع المملوكة وحدها في المنكوحة
ولو كانت احداهما منكوحة لا يطا حقيقة ولو جامع المملوكة وحدها
في المنكوحة ولو كانت احداهما منكوحة لا يطا المملوكة لان العقد
وطي حكمي وهو قائم عند الوطي فيصير جامعا بخلاف الوطي السابق
فانه قائم عند العقد حقيقة ولا يمتنع ولو كانت احداهما موطوءة حقيقة
والاخرى حكما او موطوءتين حكما يحرم بشرط القران بخلاف الحقيقتين
وكذا الحكميتان لان العقد الاول باق عند العقد الثاني ولا يتحد الجنس
وان لم يكن وطي المملوكة يطا المزوجة لعدم الجمع بينهما لا حقيقة ولا

هذا فان حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة
بعد التسليم والتزويج والاعتاق والكتابة وطي المنكوحة وعن ابي
يوسف في الكتابة لا يحل ذلك المنكوحة ذكره في الينابيع وبه قال احمد بن حنبل
وفي البدائع لو كاتبها يحل له وطي الاخرى في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف لا يحل وعنه ايضا لو اخرج الاولى عن ملكه لا يطا الاخرى
حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطيها لانه يجوز ان تكون حاملا منه
ووجه الظاهر انه حرم وطيها على نفسه بالكتابة حتى لو وطيها
يلزمه عقر او وطيت بشبهة او نكاح كان المهر لها الموطوءة وفي الذخيرة
المالكية اذا وطيها بملك اليمين لا يطا الاخرى حتى يحرم الاولى عليه
ببيع او عتق وبيعها من عبده او ابنه الصغير او يتيم في حجره
لا يحل له وطي الاخرى وبيعها بعيب او ... حتى يردها واباقها
واسرها مع الاياس منه وتحريمها بالظهار لا يكفي ان تزوجها ثم
اشترى اختها فوطيها كف عن الزوجة حتى يحرم الامة وفي النهاية
للجويني اذا وطي احدى الاختين حرم عليه وطي الاخرى فان وطي الثانية
ايضا فقد تعدى ولا يتغير ما كان من اباحة وطي الاولى بوطي الثانية
بل هي مستباحة والثانية محرمة كما كانت حتى يخرج الاولى عن ملكه
بالبيع والهبة او عن الحل بالتزويج والكتابة ولا يؤثر الحيض والاحرام
وللحق بعض الاصحاب الردة بالاحرام وترددوا في الرهن والبيع بشرط
الخيار فان وطيت الاولى بشبهة لم تحل الثانية والعدة والردة
والاحرام على قضية واحدة والمذهب في شرط الخيار حل الوطي للبائع
والتردد في خيار المشتري فان وطي امته ثم تزوج اختها حرمت الموطوءة
لقوة النكاح وسلطانه فيما يتعلق باحلال البضع ولذا لو تزوج عمتها
او خالتها قلت ملك اليمين اقوى من ملك النكاح في حل الوطي لان
ملك النكاح ضروري يفيد ملك الانتفاع وهذا لو وطيت الامة بشبهة
كان العقر لمالكها ولو وطيت المنكوحة بشبهة لم يكن العقر للزوج بل يكون

المنكوحة ولذا الامة المنكوحة اذا وطيت يكون العقر للمولى لا للزوج
واذا ملكه وحده او بعضها بطل نكاحه ولا يصح التزوج بامته فاذا بان
ان ملك اليمين يدفع النكاح ويرفع صحيحه كان اقوى بلا ارتياب من ملك النكاح
فبطل قولهم ان النكاح اقوى من ملك اليمين في حل البضع وثبوت النسب
من غير دعوى المولى لو للمقصود به حتى لا ينتفي الا باللعان وفي المغني
ان وطي احداهما لا يبطل الاخرى حتى يحرم الاولى على نفسه لقول الجمهور
وقال قتادة اذا اشتراها حلت له اختها ولو قال لهي على حرام لا تحل له
الاخرى كالحيض والنفاس والاحرام والصيام فان وطيهما لا تحل له بعد
وطي احداهما حتى يخرج الاخرى عن ملكه ويستبريها وقال الشافعي والقاضي
من الحنابلة تحل له وطي الاولى وعلى اصل الشافعي ان الوطي الحرام لا يحرم
الحلال ولنا ان وطي الثانية يثبت به النسب فكان جامعا بينهما بوطي
يثبت به النسب فكان جامعا بينهما بوطي يثبت به النسب وقولهم
ان الحرام لا يحرم الحلال ليس حديثا صحيحا على ما ياتي وهو منقوض
بالوطي في الحيض والنفاس والاحرام والجارية المشتركة والوطي بالشبهة
فان وطي امته ثم تزوج اختها صح النكاح قال ابو الخطاب هو ظاهر كلام
احمد وهو قول الجمهور واذا كان له امتان اختان فله وطي احداهما عند
عامة فقهاء الامصار وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما
قال ابو الخطاب هو مذهب احمد ذكره في الذخيرة المغني لابن قدامة
وفي المحيط وغيره رجل تزوج امراة ثم اختها فسد نكاح الثانية للجمع
المحرم كالخامسة فان قيل ينبغي ان يصح نكاح الثانية بتطليق
الاولى وهو يملكه تصحيحا لتصرفه بطريق الاقتضاء اذ لا صحة
لنكاح الثانية الا به واكول قلت ان الدفع اسهل من الرفع فلا يصار
الى غير الاسهل فان وطي الثانية لا يرتفع به عقد الاولى ويجب العدة
للثانية ويعتزل الاولى في عدة الثانية ويثبت به النسب وحرمة
المصاهرة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان ما هو المعقود حقيقة

لا يزاد على قيمته في العقد الفاسد فهذا اولى وعند زفر ومالك يجب المسمى
وهو قول الشافعي وفي قول مع زفر ولو جمع بينهما في عقد فاسد فان دخل
بهما يجب لكل واحدة عقر والعدة وان وطيهما مرارا لا يتعدد المهر
وبهذا التفريق بعد وان فرق بينهما قبل الدخول بهما ولا شيء لها في
عقدين اذا لم يعلم الاولى منهما فرق بينه وبينهما لان نكاح
احداهما فاسد بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية
والترجيح من غير مرجح لا يجوز ولا الى العقد مع الجهالة لعدم
الفائدة اذ لا استمتاع لواحدة منهما فيمتنع عليه والضرر عليه
بالنفقة والكسوة من غير مقصود وللضرر عليها ايضا لانها تصير
كالمعلقة وهي التي لها زوج قد اعرض عنها لا ينتفع بها هو ولا
تتزوج بها غيره لانها في عقده والفرق لابي يوسف بين هذا وبين
ما لو زوج الوكيل موكله امراتين في عقد بلا تسمية واحدة منهما واليه
التعيين انه يجوز النكاح فيهما هناك فيجوز التعيين في رواية عنه
وهو نكاح المبهمة وها هنا لا يجوز فيهما فلذا تعين واحدة منهما
لاحتمال ان تكون الثانية التي فسد نكاحها ولهذا قال في البدائع لا
يتحرى في مسئلة الكتاب ولها نصف المهر المسمى لانه وجب للاولى
منهما وعدمت الاولوية للجهل بالاولية فكان بينهما وقيل لا
بد من دعوى كل واحدة منهما انها هي الاولى او الاصطلاح لجهالة
المستحقة كما لو اقر لاحدهما وكالوصية لكل واحد بثوب وضاع ثوب
وقال ابو جعفر الهندواني معنى المسئلة اذا ادعت كل واحدة الاولية
ولا حجة لها فيقضى بنصف المهر لها اما اذا قالتا لا ندري اي العقدين اول
فلا يقضى بشيء حتى يصطلحا والفرق ان عند دعوى الاولوية
منهما لم ترض كل واحدة بشركة الاخرى في نصف المهر وهنا راضية
وفي المحيط والبدائع اذا لم تعرف الاولى بينهما فرق بينه وبينهما ولهما
نصف المهر اذا ادعت كل واحدة انها الاولى وان قالتا لا ندري ايتنا الاولى

لا يقضى لها بشيء حتى يصطلحا على اخذ نصف المهر وعن ابي يوسف لا شيء
عليه وبه قال ابو بكر من الحنابلة قال لانه مجبور في الطلاق وعن
محمد يجب المهر كاملا ذكره في البدائع وفي المغني ولا حد عليه وان قال علمت
انها علي حرام ولا يجب الا مهر واحد وان تكرر الوطء وبعد التفريق
يحد وقد ذكرناه وقوله ولها نصف المهر معناه اذا كان مهراها
متساويين في الجنس والقدر وان كانا مختلفين يقضى لكل واحدة
منهما بربع مهرها وفي المحيط امراة تزوجت زوجين في عقدة
فهو فاسد فان كان لاحدهما اربع صح نكاح الاخرى كمن تزوج اختين
احداهما منكوحة او معتدة صح نكاح الخالية وعليه جميع ما
سمى لها اصل هو قوله وعنده نصف ما سميا كما لو تزوج امراتين
احداهما لا تحل له بالف والله اعلم قوله ولا يجمع بين المراة وعمتها
وخالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها ولا يدخل واحدة منهن على
الاخرى ويجوز عند اهل السنة الجمع في غير الاختين وهو مذهب
داود الظاهري والخوارج والشيعة واستدلوا بقوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم ولفقهاء الامصار حديث ابي هريرة
رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح
المراة على عمتها او خالتها رواه الجماعة وعن عامر الشعبي عن
ابي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا
تنكح المراة على عمتها ولا العمة على بنت اخيها ولا المراة على خالتها ولا
الخالة على بنت اختها ولا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى
على الكبرى رواه ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن
صحيح اراد عليه السلام بالصغرى ابنة الاخ وابنة الاخت وبالكبرى
العمة والخالة ولم يرد صغر السن وكبره ذكره في النهاية وهو
اجماع ولا معتبر بمخالفة الظاهرية والشيعة والخوارج ويجوز الزيادة
على الكتاب بالحديث المشهور وهذا الحديث مشهور لان الامة تلقته

بالقبول وقد ذكرنا الاجماع عليه ويجوز تخصيصه بخبر الواحد نصا
لانه مخصوص فقد خرج منه المجوسية والوثنية وبناته من الرضاع
على المتقدم وفي الحواشي ذكر النهي من الجانبين اما للمبالغة والتاكيد
او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ان ادخال ابنة الاخ على العمة
لا يجوز وادخال العمة على ابنة الاخ يجوز لفضل العمة على ابنة الاخ
كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة
فبين صلى الله عليه وسلم النفي من الجانبين كذا في المبسوط ولان في المنافع
وهو اي تصغية الخبر ولا يجمع بين امراتين لو كانت احداهما رجلا
لم يجز له ان يتزوج بالاخرى وفي الينابيع وان كان النكاح لا
يحل على كلا التقديرين لا يحل له ان يجمع بينهما بنكاح ولا بملك يمين
وطئا ولا بالمس بشهوة ولا بالتقبيل ذكره في الينابيع ولان الجمع
بينهما يفضي الى قطيعة الرحم لجواز ان لا تطيع زوجها فيما يامر
وينهى وهو سبب القطع ولان الجمع بينهما يفضي الى الضغاين بين
الضراير وهو سبب قطيعة الرحم فكان حراما وان كان يحل
على احد التقديرين دون الاخرى يحل عند الجمهور وخلافا لزفر
وبيانه في المسائل التي ذكرناها كالاختين والعمة مع بنت الاخ
والخالة مع بنت الاخت وذكر السفاقسي في شرح البخاري انه عليه
السلام نهى ان يجمع بين عمتين او بين خالتين وصورة العمتين ان يتزوج
الرجلان كل واحد منهما ام الاخر فتولد لهما ابنتان فابنة كل واحد منهما
عمة الاخرى والخالتين ان يتزوج كل واحد ابنة الاخر فابنة كل
والرضاع في ذلك كالنسب على ما تقدم واحد منهما خالة الاخرى والرضاع
في ذلك كالنسب على ما تقدم ولا باس بان يجمع بين امراة وبنت زوج
كان لها من قبل من غيرها ومنع ذلك الحسن البصري وعكرمة
وابن ابي ليلى وزفر احتياطا في باب الحرمات ويجوز ذلك الائمة الاربعة
وعامة اهل العلم رجوعا الى قول الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم

ولم يرد سنة تخالفه لذلك ولانه لا قرابة بينهما فلم يكن فيه قطيعة
الرحم وفي النهاية يجوز الجمع بين المراة وبنت زوجها او امراة زوجها وذكر
البخاري ان عبد الله بن جعفر جمع بين ابنة علي وامراة علي رضي الله عنهم
وعن ابن عباس انه جمع بين امراة رجل وابنته من غيرها وعن
رجل من اهل مصر كانت له صحبة يقال له جبلة انه جمع بين امراة
رجل وابنته من غيرها رواها الدارقطني وفي المغني لو كان لرجل
ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره او كان لهما بنت وله ابن جاز
تزويج احدهما من الاخر في قول عامة العلما وحكي عن طاووس
كراهته اذا كان مما ولدته المراة بعد وطي الزوج لها والاول اولى
لعموم الاية ولانه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم
وكونه اخا لاختها لم يرد الشرع بتحريمه ومتى ولدت المراة من ذلك
الزوج ولدا صار عما لولد ولدهما وخالا واذا تزوج امراة وزوج ابنه
امها جاز فاذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الاب عم ولد الابن
وولد الابن خال ولد الاب ويروى ان رجلا اتى عبد الملك بن مروان
الخليفة فقال يا امير المومنين اني تزوجت امراة وزوجت ابني
امها فاخبرنا فقال عبد الملك ان اخبرتني بقرابة ولدك من ولد
ابنك اخبرتك فقال الرجل يا امير المومنين هذا العريان بن الهيثم
واسه فام سيفك ان علم ذلك فلا تحرك فقال العريان احدهما
عم الاخر والاخر خاله فول[illegible]ه ومن زنا بامراة حرمت
عليه امها وابنتها وهو قول عمر وعمران بن حصين وابن مسعود
وجابر بن عبد الله وابي بن كعب وعايشة وابن عباس في
الاصح وبه قال البصريون والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاووس
ومجاهد وعطا وقال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه هو قول سعيد
ابن المسيب وسليمان بن يسار وسالم وحماد والثوري واسحاق بن
راهويه وابن حنبل ومالك في المدونة عن ابن القاسم قال عثمان البتي ان

زني بها حرم عليه التزوج بامها وبنتها ولا يبطل نكاحهما ان زنا بعد
التزوج وفرق بينهما مستوفي من صحة التزوج قبل النكاح ولم يبطل
به النكاح الصحيح وعن ابن عباس ان الزنا لا يحرم وهو قول عروة
والزهري والشافعي وابي ثور وابن المنذر ورواية الموطا عن مالك
قال شهاب الدين القرافي وهو رواية غير مشهورة عنه ذكر ذلك
في الذخيرة وقد تقدم الترهل الاقوال وانما اعدتها لان هذا
نكاحها وان لاط برجل لا يحرم عليه امه ولا ابنته عندنا وبه قال
عامة العلما وقال عبد الله بن الحسن العنبري والاوزاعي والثوري
وابن حنبل في رواية تحرم امه وبنته عليه وقال الحسن بن صالح
يكره ولو مسه بشهوة او قبله لا تحرم امه ولا ابنته بالاجماع استدلوا
بما روي عنه عليه السلم انه قال لا يحرم الحرام الحلال وعن
عايشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سيل عن
الرجل يتبع المراة حراما اينكح امها او بنتها فقال لا يحرم الحرام
الحلال رواها الدارقطني ولان الحرمة المصاهرة من باب الكرامة
ولا ينال بالمحظور قال ابو طاهر المعداني الاصفهاني والدليل
على انها كرامة تسويتها في حق من يحل عن العقوبة كازواج رسول
الله صلى الله عليه وسلم وصدر الحرمة فلو لم يوثر هذا الوطي
في الموطوة فلم يحلها المطلق ولا موثر في غيرها بالقياس وموزل
اخر للنسا فهي مع مناظر جعلت الفرقة الى المطلق نقيضها ابن
زوجها والله تعالى لم يجعلها انهما وجمهور اهل العلم قوله تعالى ولا
تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا الا ما قد سلف لان النكاح حقيقة
في الوطي علما تقدم ولانها فاحشة ومقت للعقد وانما هاك ذلك
للوطي الحرام وعنه عليه السلم انه قال ملعون من نظر الى فرج امراة
وابنتها خرجه الجوزجاني قال وهب بن منبه فتذكرته لسعيد بن المسيب
فاعجبه ولم يعز بها ابي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نظر

الى فرج امراة لم تحل له امها ولا ابنتها ذكره ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وفي رواية عنه عليه السلام انه قال من مس امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها ذكره السمعاني في الكفاية وابن قدامة في المغني والاصح انه موقوف على عمر ذكره في المغني وعن عبد الله قال لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امراة وابنتها ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه وعن ابراهيم وعامر في رجل وقع على ابنة امراته قالا حرمتا عليه وعن ابراهيم كانوا يقولون اذا اطلع الرجل من المراة على ما لا يحل له او لمسها لشهوة فقد حرمتا عليه جميعا وعن عطا وابراهيم والحكم وحماد بن ابي سليمان ومجاهد وجابر بن زيد وابن المسيب مثله وعن ابن منبه قال في التوراة التي انزل الله تعالى على موسى عليه السلام انه لا يكشف الرجل المراة وابنتها الا وهو ملعون ذكر ذلك كله ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه ومسالك اهل اصبهان والمرا السمعاني ان الوطي مفسد للعقد فيستوي فيه حلاله وحرامه كمفسدات العبادات اذا التحق فيه الوطي وما يدعوا اليه وكونه حلالا صفة زائدة فلا تؤثر فيه الا ترى ان اللبن في الرضاع يستوي فيه الحلال والحرام وهو عمل اهل نيسابور ايضا وعامة اهل ما وراء النهر ان حرمة المصاهرة عقوبة في حق الزاني لا كرامة وفي الوطي الحلال كرامة كالحد يقام على الكافر عقوبة وزجرا وعلى المومن طهرة كما عن ماعز رضي الله عنه طهرني يا رسول الله وفي الغامدية لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر الله له الحديث وقال الشيخ الامام ابراهيم لا يمتنع ان يكون عقوبة ومختص بمن لم يجن كالدية وقال ابو زيد الدبوسي حرمة المصاهرة عقوبة ولا يمتنع ان تثبت على من لم يذنب بدليل قوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم وكثير ممن حرمت عليهم الطيبات لم يذنبوا وانما اولادهم وتثبت الحرمة بالوطي في السر الفاسد المحرم والنكاح الفاسد المحرم

والوطي الحرام بالشبهة وبوطي الجارية المشتركة والمكاتبة وجاريته المجوسية والوثنية والحائض والنفسا والمطلقة طلاقا بائنا في العدة وقد حرم الله امراة المظاهر عليه وسماه منكرا من القول وزورا ولم يمنع الحرام وقوع التحريم به وفي حديثهم الاول عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي قال يحيى بن معين كان يكذب وضعفه علي ابن المديني جدا وقال البخاري والنسائي وابو داود ليس بشي وقال الدارقطني متروك وقال البخاري في تاريخه تركوه وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات لا يجوز الاحتجاج به قال ولا يصح فيه حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي حديثهم الاخر عبد الله بن عمر اخو عبيد الله المكبر مضعف والمصغر مكبر وفيه اسحاق الفروي وقد ذكره ابن حنبل مع ان المذكور فيه اتباعها ومراودتها والنظر اليها وليس ذكر الوطي وقال احمد حديثهم من كلام اشوع بعض قضاة العراق وقيل من قول ابن عباس وكبار اصحابه خالفوه في ذلك وقال الشافعي مناظره وانت تزعم انها تحرم على زوجها بردتها فقد جعلت الفرقة اليها فكيف قلت بما انكرته على غيرك فقال اقول ان رجعت الى الاسلام وهي في العدة فهما على نكاحهما قال الشيخ ابو بكر الرازي انكر على خصمه وقوع التحريم من قبل المراة ثم قال بها وجعل الرجعة ايضا اليها مع الفرقة واعرض عن قولهم لم تؤثر في الموطوءة قلنا انما لم يؤثر فيها المطلق لفقد شرطه وهو وطي الزوج لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والزاني ليس بزوج ويدل على ذلك ان الوطي بملك اليمين لا يحلها للاول ويثبت به حرمة المصاهرة والنسب ان الحرمة حق الشرع اذ المحرمات لله والنسب حق العبد وهذا يتوقف على التزامه ولا حق للزاني بالحديث والماخذ في المسالة عندهم ان امتناع صحة النكاح في محل الاجماع انما كان باعتبار ثبوت النسب ولا نسب في الزنا وعندنا باعتبار الحكم به

وهي حاصلة فيه ويضاف الولد الى كل واحد منهما كملا يقال هو ابن فلان وفلانة
فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه واصوله وفروعه كاصوله
وفروعه واصوله وفروعه كاصولها وفروعها والموطوءة حرمت من
ذلك الضرورة وحواء خلقت من ضلع آدم عليهما السلم وحلت له للضرورة
والحاجة الى التوالد والوطي الزنا يثبت حرمة المصاهرة من حيث انه
سبب للولد الحقيقي لا من حيث انه سبب الولد الحقيقي لا من حيث انه
زنى فلا اعتبار لقوله ان حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور حينئذ
مع ان الاصل الذي ذكره ممنوع وقد ذكرنا ان من تزوج امراة ولها بنت
من غيره يجوز لابن هذا الزوج من غيرها ان يتزوجها وان ولدت البنت بعد
التزوج بها فلم تعمل فروعها كفروعه الا ان يكون ذلك في حق الواطي
خاصة ومن مسته امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها ولذا لو
مسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة او نظرت الى ذكره بشهوة وفي
الذخيرة يحرم بنت الزوجة بالقبلة والمباشرة واللمس والنظر لباطن
الجسد بشهوة عندنا كذا على المشهور وفي جوامع الفقه سواء في ذلك
المس عمدا او خطا او ناسيا او نائما او مكرها اذا اشتهى وان نزع من
ساعته وفي القبلة لو قال لم اشته لا يصدق وفي المس والعناق
يصدق الا ان يقوم اليها ويعانقها او انه منتشر وفي مجموع العيون
بخلاف هذا اذا اشترى جارية على انه بالخيار فقبلها او نظر الى
فرجها وقال لم يكن عن شهوة قال القول قوله ويردها ومن المشايخ من
فصل في التقبيل فقال ان كان على الفم يفتى بالحرمة وعلى الجبهة والراس
والذقن والخد يصدق وهكذا في مجموع النوازل وكان الشيخ ظهير الدين
يفتي بالحرمة في القبلة في الكل وان كان على المقنعة وظاهر ما ذكر
في العيون يدل على انه يصدق في الكل سواء كان على الفم او غيره ومس
الشعر لا يثبت الحرمة ولذا النظر الى داخل الفرج من المرآة بخلاف
الزجاج وفي الينابيع وقيل يثبت الحرمة بالنظر الى العانة وقيل الشعر وقيل

الى الشق وقيل الى الفرج الداخل لا الى حواليه فروي عن ابي يوسف وهو الاصح
ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولكن لو نظر الى الفرج الذي يصف ما تحته كالزجاج
وعن محمد لو مس شعر امراته بشهوة حرمت عليه امها وابنتها ويحصل بها الرجعة
ولا يشترط في الشهوة تحرك الالة ويثبت من المجبوب والعنين وفي بعض النسخ
يشترط وقيل انه اصح وفي الذخيرة والشهوة من احدهما كافية في الحرمة
وفي الكتاب المس بشهوة ان ينتشر الاله او تزداد انتشارا هو الصحيح
يعني ان كانت غير منتشرة تنتشر وان كانت منتشرة تزداد انتشارا
وفي قاضي خان قال ابو يوسف النظر الى منبت الشعر يكفي لثبوت حرمة
المصاهرة وقال محمد لا يثبت حتى ينظر الى الشق وذكر شمس الائمة السرخسي
انه لا يثبت الا بالنظر الى الفرج الداخل وهذا اذا كانت متكئة فاما اذا
كانت قاعدة مستوية او قائمة لا يثبت به قال شيخ الاسلام هو الصحيح
وذكر المعلى عن اصحابنا ان حد الشهوة ان ينتشر الاله ان لم تكن منتشرة
قبل ذلك او تزداد قوة وشدة ان كانت منتشرة كما ذكرناه وان كان شيخا
او عنينا فحد الشهوة فيه ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا ولا
يعتبر مجرد الاشتهاء هكذا ذكره السرخسي وحكي عن محمد بن ابراهيم
الميداني انه كان يميل الى هذا وفي الذخيرة لا يشترط للحرمة بالنظر
الى سائر الاعضاء غير الفرج وان كان عن شهوة وحد الشهوة
ان ينتشر الاله بالنظر الى الفرج او بالمس اذا لم تكن منتشرة وتزداد
قوة وشدة بالنظر والمس والاول وهذا اذا كان شابا قادرا على
الجماع وان كان شيخا او عنينا فالشرط تحرك قلبه بالاشتهاء وان كان
متحركا بالاشتهاء قبل ذلك تزداد اشتهاء وهكذا حكاه البلخي عن
الاصحاب واليه مال شيخ الاسلام خواهر زاده والسرخسي وكثير
من المشايخ لم يشترطوا الانتشار واشترطوا ميل القلب اليها واشتهاء
جماعها قال في المحيط وهو الاصح وقال الصفار ان كان لا يشتهي لعلو
سنه بقلبه فان مس مقدار ما لو كان شابا ينتشر آلته يثبت الحرمة

وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك
الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين والذي
ماتت شهوته حتى تتحرك آلته بالملامسة وروى ابن رستم عن محمد
انه اذا لمسها بشهوة فلم ينتشر عضوه او كان منتشرا فلم يزدد
انتشارا حتى تركها ثم ازداد انتشاره بعد ذلك لم تثبت به حرمة
المصاهرة وانما تثبت الحرمة اذا انتشر باللمس وهو بعد لامسها
او يزداد انتشارا وهو لامسها ثم لو ان كان بينهما ثوب رقيق
تجد حرارة الممسوس في يده تثبت الحرمة وفي المنتقى الحسن
ابن زياد عن ابي يوسف اذا لمس شيئا من جسد ام امرأته وكذا
من فوق الثياب عن شهوة وهو يجد مس جسدها حرمت عليه
امرأته وكذا مس رجلها فوق الخف او مس ساقها الخف او اسفل
الخف وروى ابراهيم عن محمد ان النظر الى دبر المرأة موضع الجماع
مثل النظر الى فرج المرأة ثم رجع وقال لا يحرم الا النظر الى الفرج
من داخل ومثله عن ابي يوسف وكذا ذكر محمد في الزيادات لو نظر
الى دبر امرأة بشهوة لا تثبت به حرمة والجماع في الدبر لا يوجب
حرمة المصاهرة وبه اخذ بعض مشايخنا وقيل توجبها وبه
كان يفتي شمس الائمة الاوزجندي لانه مس وزيادة وقال صاحب
الذخيرة وما ذكر محمد اولا اصح لعدم افضائه الى الجزئية فصار
كالو مس بشهوة فامنى لا في رواية شاذة وتقبل الشهادة على
الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة وهل تقبل على ذلك بغير اقرار
قيل لا تقبل واليه مال محمد بن الفضل لانه لا يوقف على ذلك
وقيل تقبل واليه مال علي البزدوي هكذا ذكره محمد في الجامع
لان الشهوة مما يمكن الوقوف عليها في الجملة بتحرك الذكر وغيره وفي
نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رجل نظر الى ابنته عن غير شهوة
فتمنى ان يكون له جارية مثلها فوقعت له شهوة مع وقوع نظره ان

كانت الشهوة على ابنته حرمت امرأته عليه وان كانت على ما تمنى لم
تحرم وفي الواقعات للناطفي والمحيط اقام امرأته عن فراشه
ليجامعها ومعها ابنته فوصلت يده اليها فقرصها باصبعه يظن
انها امرأته وهي يشتهيها حرمت عليه امرأته وان كان يحسبها
امرأته لانه مسها بشهوة ولا يشترط بلوغها ويشترط
ان تكون مشتهاة وقال ابو بكر محمد بن الفضل بنت تسع مشتهاة
من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها غير مشتهاة وبنت ثمان تسع
وسبع ان كانت عبلة ضخمة فمشتهاة والا فلا قال الفقيه ابو
الليث رحمه الله عليه تكلموا في ابنة ثمان والسبع والست والغالب انها
لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين وقال الشهيد في كتاب العتاب
عليه الفتوى وسئل الفقيه ابو بكر عن قبل امرأة ابنه وهي
بنت خمس او ست عن شهوة قال لا تحرم على ابنه لانها غير مشتهاة
فان اشتهاها هذا فانه كان شيخا حتى خرج عن حد الاشتهاء
قال تحرم لان الكبيرة دخلت تحت الحرمة فلا تخرج وان كبرت ولا
كذلك الصغيرة وسئل ابن سلمة عن امرأة ادخلت ذكر صبي في فرجها
وهو ليس من اهل الجماع قال تثبت به حرمة المصاهرة وفي المغني لا
يحرم اللمس والقبلة الحرام ولا يحرم الا الجماع وفي الامة روايتان احدها
لا يحرم والثانية يثبت الحرمة روى ذلك عن ابن عمر وابن عمرو
ومسروق وبه قال القاسم والحسن والنخعي والشعبي والاوزاعي
ومالك واحد قولي الشافعي وفي المنهاج للنووي لمس المباشرة
بشهوة كالوطي في الاظهر وعن عمر وابنه وعامر بن ربيعة
وكان بن ربا والقاسم والحسن ومجاهد وحماد بن ابي سليمان ان
النظر الى الفرج بشهوة والمس بشهوة كالوطي وهو قول ابن
مسعود والنظر الى غير الفرج لا يثبت الحرمة خلافا لبعض
الحنابلة وفي الينابيع لو جامع ابنة امرأته فافضاها وافسدها

لا يحرم عليه امها وقال محمد الحسن احب الي ولا افرق بينهما قوله
وقال الشافعي لا يحرم يعني لو مس امته بشهوة او قبلها ثم اراد ان
يتزوج ابنتها او امها او تزوج امراة وقبلها بشهوة ثم بانت منه
يجوز له ان يتزوج ابنتها عنده ذكر لا يحرم عليه امها وقال
ابو يوسف الكن له الام والبنت وفي المحيط يحرم عليه امها
وقال محمد الحسن احب الي ولا افرق بينهما قوله وقال الشافعي
لا يحرم يعني لو مس امته بشهوة او قبلها ثم اراد ان يتزوج ابنتها
او امها او تزوج امراة وقبلها بشهوة ثم بانت منه يجوز له ان يتزوج
ابنتها عنده ذكره في المبسوط وهو الاظهر عنده واما لو مست
امراة اجنبية او مسها او قبلها حراما فلا اعتبار بذلك في حرمة
المصاهرة عنده لانه لا يثبت بالوطي الحرام فبالمس اولى قوله
في المعنى يحرم نكاح بنته المخلوقة من الزنا واخته وبنت ابنه
وبنت بنته وبنت اخيه واخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء وبه
قال مالك وابن حنبل وقال الشافعي في المشهور يجوز واجمعوا على انه
لا يجوز لام الابن من الزنا ان يتزوج بابنها من الزنا وفي مختصر الجواهر
قال مالك لا يجوز له التزوج بها وقال ابن الماجشون يجوز موافقة
للشافعي وقال سحنون هذا خطا صراح والاحكام فيها مختلفة عندنا
فانه لو ملكها عتقت عليه ولا يقتل بها ولا يحد بقذفها ولا وضع الزكاة
فيها لكن لا توارث ولا نفقة من الطرفين وليس في افراد هذه المسئلة
فايدة طائلة فان من وطي امراة حلالا او حراما او مسها بشهوة حرمت
عليه بنتها سواء كانت من مائه او ماء غيره وهذا المعنى موجود في
مسئلتنا ووطي جارية بنته من الزنا فولدت منه لا تصير ام ولد له
لا اتفاق وجه الشافعي بها وفي الجوامع يحرم مناكحة بنته
المنفية باللعان ووضع الزكاة فيها ولا يقتل بها ولا يحد له ولا لاصوله
ولا شهادته لها ولا لفروعها وفي ادب القاضي يقبل ولا ارث ولا نفقة

من الطرفين كولد العاهر قال ونسب ابن الملاعنة ثابت من الملاعنة
حقيقة ولهذا لو ادعاه بعد ما كبر يثبت منه مع جحوده وفي الاشدا
لا يسمع جحوده وليس لغير الملاعن ان يدعيها وله استلحاقها فيها
وكذا لا تظهر فايدة التزوج بالمسمية الا قبل الدخول بالام ولو ملك
بنته من الزنا عتقت عليه عندنا ولو ان امراته توامين فنفاهما
ومات احدهما عن امه واخيه واخ اخر لام فالسدس للام والثلث
لهما والباقي يرد عليهم كاولاد العاهر لانقطاع النسب وعند مالك
لهما فيما بينهما عصبة ولا انقطع النسب بينهما وانما سقطوا بالنسبة
الى الاب لا غير لعامة اهل العلم قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم
وبناتكم فكان الولد الزانية امه فكذا بنتها منه بالزاني بنته
حقيقة وان لم تكن بنته شرعا في حق بعض الاحكام والموضع موضع
الاحتياط وقال ابو الفرج بن الجوزي قلت لبعض كبار الفقهاء الشافعية
اليس الله سبحانه خاطب العرب بما تعرفه قال نعم قال حرمت عليكم امهاتكم
وبناتكم وهذا الزاني يعرف قبل الاسلام ان هذه بنته فقد حرم
عليه ما هي بنته في لسانه ومعتقده فقال ليست بنته في الشرع
فقلت الشرع لا يدفع المعلومات الحسية فلم يكن له عنه جواب وفي
الصحيحين جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء يعني للزاني ولانها
بعضه منه فصار كبنتها والجامع الاشتراك في الزاني والفارق التوارث
في الثاني دون الاول اجماعا ثم الموجود من الواطي الزاني حقيقة محققة
ومن صاحب الفراش مقدرة فاذا اعتبرت المقدرة لا يلغى الحقيقة المحققة
من كل وجه وفي الروضة للنواوي البنت التي نفاها باللعان يحرم
عليه ان كان دخل بامها وكذا ان لم يدخل على الاصح وفي شهادته لها الوجهان
قوله واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان
يتزوج باختها ولا باربع سواها ولا بعمتها ولا بخالتها ولا بنت اختها
وكذا الفسخ بعد الدخول بها حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن مسعود

وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني
ومجاهد والنخعي والثوري وابن حنبل ذكره في المغني ومثله في المبسوط
وقال القاسم بن محمد وعروة وابن ابي ليلى ومالك والشافعي وابو
ثور وابو عبيد وابن المنذر له نكاح خمس وذلك في عدتها من الطلاق البائن
قالوا قد انقطع النكاح بينهما بالكلية [illegible] الا اللتي [illegible] ولهذا لو وطيها
مع العلم بالحرمة يجب الحد فصار كما لو طلقها قبل الدخول وعن البصري
لا يجوز ان كانت بحيال الاول ولنا ما رواه عبيدة السلماني عن اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم لم يجتمعوا على شي كاجتماعهم على اربع
قبل الظهر وان لا تنكح امراة في عدة اختها ونهيه عليه السلام انه
قال من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمع ماءه في رحم اختين وعن
ابي الزناد انه قال كان للوليد بن عبد الملك اربع نسوة وطلق واحدة
منهن البتة وتزوج غيرها قبل ان تحل فعاب ذلك عليه كثير من
الفقها منهم سعيد بن المسيب قال سعيد بن منصور اذا عاب عليه
سعيد بن المسيب فاي شي بقي وحكى ان مروان شاور الصحابة
فيه فاتفقوا على انه يفرق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم ذكره
في المبسوط ولان نكاح المطلقة الاولى قائم لبقاء احكامه من
النفقة والمنع والفراش والقاطع قد تاخر عمله ولهذا بقي القيد
في حق الزوج [illegible] وفي حق الخروج والبروز في العدة فصار
كالرجعي فيما ينبني على الاحتياط ولان في تزوج اختها زيادة قطيعة
الرحم فانها مستقبحة منه ومن غيره في العدة فكانت اشد من التزوج
في النكاح وفي المبسوط لزوج المرتدة ان يتزوج اختها بعد لحاقها قبل
انقضا عدتها لانها لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين فان عادت مسلمة
لا يضر نكاح الاخت لان العدة لا تعود عنده وعند ابي يوسف يعود
وفي بطلان نكاحها روايتان عنه والشافعي يمنع وجوب النفقة وفي
المنافع وجب الحد مع العلم بالحرمة ممنوع وقوله والحد لا يجب على انسان

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق ومعنى اشارته ما ذكر في باب ثبوت النسب ان المبتوتة
اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ولتمام السنتين من بعد الطلاق
فادعاه المطلق يثبت نسبه منه فدل على ان هذه شبهة في
المحل والشبهة اذا كانت في المحل يستوي فيها العلم والظن في
سقوط الحد عنه بخلاف الشبهة في الفعل فان النسب لا
يثبت اصلا كما لو وطي جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت
انها تحل لي قال في الجامع الصغير ثم في كل موضع كانت الشبهة
في الفعل لم يثبت نسب الولد منه وان ادعى ولم يثبت النسب
منه بالدعوى يدل على ان الشبهة في المحل والشبهة متى كانت
في المحل لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام هذا في المطلقة
طلاقا ثلاثا والمطلقة طلاقا بائنا على مال لان الملك قد زال
في حق الحل فيتحقق الزنى ولم يتحقق حق ما بني على الاحتياط
وقوله لان الملك قد زال في حق الحل لا يلزم منه وجوب الحد
اذا وطيها كما اذا زفت اليه غير امراته وقيل له هي امراتك فوطيها
فان الوطي حرام اذ لا ملك له فيها ولا شبهة ملك وتسقط الحد
للشبهة وفي الذخيرة قال صاحب الكتاب اذا كان احدى الاربع
بدار الحرب وطلقها لا يحل له الخامسة الا بعد خمس سنين
لاحتمال ان يكون حاملا فيبقى عليها خمس سنين فان طلقها بعد
خروجه بسنة انتظر اربعا واذا كان ذا الحال عنده وهو موجود
في دار الاسلام ايضا فانه حين طلقها بائنا او يتزوج خامسة
يجوز ان تكون المطلقة حاملا كما ذكر قوله ولا يتزوج المولى
امته ولا المراة عبدها وفي الذخيرة المسالة لا يجوز للسيد
نكاح امته ولا للسيدة نكاح عبدها قاله الائمة الاربعة
وعليه الاجماع وقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على بطلان نكاح
المراة عبدها وروى الاثرم باسناده عن عمر رضي الله عنه

انه هم على تحريم امراة انكحت عبدها ومتى ملك احد الزوجين صاحبه
انفسخ النكاح فيمنع الملك الابتدا والبقا لقوة ملك اليمين كالرضاع
ووجود المالكية عند الاكثر قاعدة كل تصرف لا يترتب
عليه مقصوده لا يشرع فلذلك لا يحد المجنون بسبب وجني
صحته ولا السكران بسبب حد مثله في صحوه اذ مقصود
الحد الزجر ولا يحصل مع الجنون والسكر ولهذا لا يشرع نكاح
امته لحصول مقصوده بكر ثم بما هو اقوى منه ووجه
اخر ان مقصود الزوجية التراكن والتراحم والتواد والشفقة
والاحسان من الطرفين لقوله تعالى لتسكنوا اليها وجعل بينكم
مودة ورحمة ومقصود الرق الامتهان والاستخدام والقهر بسبب
سابقة الكفر ومنا رويته زجرا عنه فهذه المقاصد منافية
لمقاصد النكاح فلا يجتمعان ووجه اخر ان مقتضى الزوجية
قيام الرجل على المراة بالحفظ والصون والتاديب لاصلاح الاخلاق
قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء والاسترقاق يقتضي
قهر السادات للعبيد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر ان يكون
زوجة لعبدها وسيدة له لتنافي المابين فلما علم كل امرين لا يجتمعان
يقدم الشرع والعقل اقوى الامرين وملك اليمين الذي هو الرق
اقوى من النكاح لانه يفيد ملك الرقبة والمنفعة والنكاح
يفيد اباحة منفعة الوطي او ملك الاستيفا لما عرف فاذا تقرر
ذلك فلا يتزوج الرجل امته للقاعدة الثانية والثالثة ومتى طرى
الزوجية على الرق او الرق على الزوجية بطلت الزوجية ولا
يبقى الا الرق في سائر الاحوال للقاعدة الرابعة وقوله
النكاح شرع موجب ثمرات مشتركة بينهما ثمرته للزوجة وجوب
المهر والكسوة والنفقة ووجوب الوطي عليه حكما ومانعها
ديانة حتى لا يحل له العزل بغير رضاها ولها الخيار بالجب والعنة

ويجب له عليها من ثمرات النكاح التمكين من نفسها واقرارها في بيته
واعمال داخل البيت من الطبخ والغسل لثيابه وتربية ولده ديانة وارضاعه
والمملوكية تنافي وجوب الديون والحقوق على المالك وتنافي المالكية
وفي الذخيرة لو اشترت زوجها بعد البنا فسخ النكاح وسقط
المهر كمن دان عبده ثم اشتراه وعبدها سقط الدين فيهما ولا يستوجب
المولى على عبده دينا ابدا ولا بقا للثاني وجه اخر ان النكاح
ضروري لا يصار اليه من غير ضرورة اذ النكاح رق من وجه
فلا يشرع في الحراير والاما الا للحاجة فاذا حصل ملك اليمين
فقد استغنى عن ملك النكاح فلا يشرع معه ولا يبقى وهذا التعليل
صحيح في حق الرجل دون المراة فان المراة لا تستغني بملك اليمين عن
موطوئها لم يشرع لها نكاح عبدها وفي البدائع ولان النكاح لا يكون
بغير مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه
قلت هذا التعليل فيه نظر فان المولى لو زوج امته عبده يجوز
ولا يجب المهر وقيل يجب ويسقط فعلى هذا يجب ان يصح وفي البدائع
لو اشترى الاب والمدبر والمكاتب زوجته لا يفسد نكاحه لعدم
الملك قوله ويجوز تزويج الكتابيات اعلم ان حراير اهل الكتاب
حلال للمسلمين نكاحهن وممن روي ذلك عنه عمر بن الخطاب وعثمان
بن عفان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم وقال ابن
المنذر لم يحرم نكاحهن احد من الاوايل وحرمه الامامية
وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه لا يجوز نكاح الكتابية ذكره
قوله في المحلى ويقول هي مشركة قال الله تعالى لقد كفر الذين قالوا
ان الله ثالث ثلاثة وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح
ابن الله وكان يحمل الاية على من اسلم من اهل الكتاب ولعامة
اهل العلم قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم
والمشركون غير اهل الكتاب قال الله تعالى لم يكن الذين كفروا من

اهل الكتاب والمشركين قد عطف المشركين على اهل الكتاب
والمعطوف غير المعطوف عليه وقال الله لتجدن اشد الناس
عداوة للذين امنوا اليهود والذين اشركوا ولما شرف اهل
الكتاب بالكتاب ومخاطبته رب الارباب ابيح لنا نساؤهم
وطعامهم وفات غيرهم من الكفار هذا الشرف والفخر فحرما
منهم لنجاستهم وفي الوتري وشرح الاسبيجابي اهل الكتاب
هم اليهود دون النصارى وفي المغني اهل الكتاب اهل التوراة
والانجيل والسامرية من اليهود والمتمسك بصحف ابرهيم وشيث
وزبور داود ليسوا باهل الكتاب قال وهو قول الشافعي
وذكر القاضي من اصحابه وجها انهم من اهل الكتاب وزعموا ان
تلك الكتب مواعظ وامثال لا احكام فيها وفي الكتاب اشارة
الى انهم من اهل الكتاب فانه قال في الصابيات اذا كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب ولم يفرق بين كتاب وكتاب ولا يجوز
تزوج المجوسيات وهو قول الائمة الاربعة وغيرهم من الصحابة
والتابعين وفقها الامصار والمراد التزوج بهن واباح وطيهن
ابن المسيب وعطا وعمرو بن دينار وطاووس وملك اليمين
وحل وطيها بملك النكاح وقال مرة الهمداني وسعيد بن جبير ومكحول
والزهري والاوزاعي وابو سلمة والحسن وابرهيم وحماد لا يطا
المجوسية حتى تسلم وانه قال الشافعي وابن حنبل قال ابو عمر بن
عبد البر عليه جماعة فقها الامصار ولم يبلغنا اباحة ذلك الا عن
طاووس قلت قد ذكرنا اباحة ذلك عن جماعة غير طاووس
وكذا الوثنيات على هذا الخلاف وذكر اسحق في تفسيره عن علي
رضي الله عنه جواز نكاح المجوسية بنا على ما روى ان المجوس
من اهل الكتاب فواقع الملك اخته ولم ينكر عليه فرفع كتابهم
فنسوه وهذا لا عبرة به فان الوثني من ولد اسماعيل والمعسر حالهم

الحاضر وقال احمد ما روي عن علي باطل واستعظمه جدا ولا يجوز نكاح
عبدة الشمس والكواكب وكل من لا كتاب له ولا نكاح الزنادقة والمعطلة
ولا يصح عن حذيفة انه تزوج مجوسية وضعف احمد رواية من روى ذلك
عنه وقال ابو وائل تزوج حذيفة يهودية وقال ابن سيرين تزوج نصرانية
واستحوا نو وطي المجوسيات والوثنيات بملك اليمين قوي لان النبي
عليه السلام بعث يوم حنين قبل اوطاس فاصابوا سبايا فكان
ناسا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا غشيانهن من اجل
ازواجهن من المشركين فانزل الله تعالى في ذلك الا ما ملكت ايمانكم وقال
فهن لهم حلال اذا انقضت عدتهن رواه ابو سعيد وعنه في
سبايا اوطاس لا توطا حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض
حيضة رواها ابو داود وقال في المغني وهو حديث صحيح
ملـ واخرجه مسلم والترمذي والنسائي وهم عبدة
الاوثان والترسيهم كانوا من كفار العرب عابدي الاوثان فلم يكونوا
يرون تحريمهن ولا امر الصحابة باجتنابهن وقد دفع ابو بكر رضي الله
عنه الى سلمة بن الاكوع امراة من السبي واخذ عمر وابنه من سبي
هوازن ومحمد بن الحنفية بل سبي بني حنيفة واخذ الصحابة من
سبايا فارس وهم مجوس وهذا ظاهر في اباحتهن لكن اتفاق اهل
العلم على خلافه وجواب ما تقدم انهن اذا اسلمن قال ابو عمر بن
عبد البر اباحة وطيهن منسوخة بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن قوله ويجوز تزوج الصابيات اذا كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم
لم تجز مناكحتهم والصابي الخارج من دين الى دين قال السدي الصابيون
طايفة من اليهود كالسامرة قال الاستاذ ابو اسحق هو قول عمر بن الخطاب
وقال قاضي خان هو قول علي رضي الله عنه وهو قول الامام وفي الرحمن
القرا فيه الصابيون من النصارى والسامرة من اليهود يجوز مناكحتهم

وفي المغني عن احمد انهم طائفة من النصارى ونص عليه الشافعي وهو قول
اسحاق بن راهويه وفي التجنيس وفي مناسبة وسامرية وبينت كتابي
ومجوسية قولان وقيل انهم يسبتون فيهم اذا اسمهم من اليهود وقيل
هم طائفة من اليهود كالسامرة وعند ابي يوسف ومحمد يعبدون الكواكب
وعابد الكواكب كعابد الوثن ولا تجوز مناكحتهم وفي المبسوط تكره
نكاح الصابية عنده وقال مجاهد والحسن لا كتاب لهم وقال ابو
العالية وقتادة يعبدون الملائكة ويصلون الى القبلة ويقرؤون الزبور
وقال عبد الرحمن بن زيد يقولون لا اله الا الله وليس لهم كتاب ولا
نبي ولا عمل وقال قتادة ومقاتل هم قوم يقرون بالله ويعبدون
الملائكة ويقرؤون الزبور ويصلون الى الكعبة اخذوا من كل دين
شيئا وقال الكلبي هم من اليهود والنصارى يحلقون وسط رؤوسهم
ويجبون مذاكيرهم وقال عبد العزيز بن يحيى قد درجوا وانقرضوا
فلا عين ولا اثر وقال الخليل هم قوم يشبه دينهم دين النصارى
الا ان قبلتهم نحو مهب الجنوب يزعمون انهم على دين نوح عليه السلام وقال
الجوهري هم جنس من اهل الكتاب وفي المبسوط وذكر الكرخي انه لا خلاف
بينهم في الحقيقة اذ في الصابئين قوم يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤون
الزبور وهم صنف من النصارى وانما اجاب ابو حنيفة على مناكحة
هؤلاء وذبائحهم وفيهم من ينكر النبوات والكتب اصلا وانما يعبدون
الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما اجاب ابو يوسف ومحمد في حق
هؤلاء قال السرخسي وفيما ذكر الكرخي عندي نظر فان اهل الاصول
لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى وانما يقرون بادريس ويدعون
له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب تعظيم القبلة لا تعظيم
العبادة لها ووقع عندهما انهم يعظمونها تعظيم العبادة وانما اشتبه
مذهبهما ولانهم يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يظهرونه البتة وقولهما
اولى لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة وفي السير الكبير عندهم صنف

من النصارى يقرؤون الزبور وهم الذين يظهرونه من اعتقادهم وعندهما
يعتقدون الكواكب الهة ويضمرون ذلك ولا يسعهم اظهار ما
يعتقدون كالباطنية فبنى ابو حنيفة على ما يظهرون وهما على ما يضمرون
وذكر شيخ الاسلام في شرح السير ان الصابئين تحل ذبائحهم ونساؤهم
عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد والسرخسي ذكر ابا يوسف مع
محمد وهو المشهور وفي المبسوط يكره نكاح الحربية وفي المصابيح
يكره نكاح الحربية والذمية في الصحيح وهو قول مالك ولنا قوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب بالعطف والكراهة قسم للحل فكان
قولهم مخالفا لنص القرآن فائدة صبأ اذا خرج ومنه صبأت النجوم اذا
طلعت وصبا يصبو بلا همز اذا مال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا
في حال الاحرام قال الحافظ ابو جعفر الطحاوي وهو قول عبد الله بن
مسعود وعبد الله بن عباس وانس بن مالك من الصحابة وبه قال سعيد
ابن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد
وعمرو بن دينار وايوب السختياني وعبد الله بن ابي نجيح وهو
مذهب اهل العراق ومنعه الائمة الثلاثة واخرون احتجوا بحديث نبيه
ابن وهب عن ابان عن عثمان بن عفان رضي الله عنه عن ابيه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ينكح المحرم ولا ينكح وفي رواية
ولا يخطب رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وعن يزيد
ابن الاصم عن ميمونة بنت الحارث قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه
وسلم ونحن حلالان رواه مسلم وابو داود والترمذي وابن ماجه
ولنا حديث جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم رواه البخاري ومسلم وابو داود
والترمذي والنسائي وعن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف
وقال الحافظ ابو جعفر وقد روى ابو عوانة عن المغيرة عن ابي الضحى

عن مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت تزوج رسول الله صلى الله
عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم قال ابو جعفر فهؤلاء هذا الحديث
كلهم ثقات يحتج برواياتهم وقال شمس الائمة السرخسي ومن حيث
المعنى الكلام واضح في المسألة فان النكاح عقد معاوضة والمحرم غير
ممنوع من مباشرة المعاوضات كالشري والشري ولو جعل عقد النكاح
بمنزلة ما هو المقصود به وهو الوطي لكان تأثيره في ايجاب الجزاء و
افساد الاحرام به لا في بطلان النكاح به ولا تعين للاحرام بقي
النكاح بينه وبين امرأته صحيحا ولو كان الاحرام منافيا لابتداء
النكاح لكان منافيا لبقائه كالرضاع والدليل عليه انه لو راجعها
وهو محرم كانت رجعته صحيحة بالاتفاق وعند الخصم الرجعة
سبب يستباح به في الوطي ولم يكن المحرم ممنوعا عنه فكذا النكاح
وهو ايضا منقوض بالظاهر فانه يحرم الوطي به وانه لا يحرم العقد
ابتداء بان ظاهر منها ثم فارقها ثم تزوجها والاصول معنا وشواهدها
كلها لنا في المسألة والجواب عن رواية زيد بن الاصم ابن اخت
ميمونة ان عمرو بن دينار قال قلت للزهري وما يدري ابن الاصم
اعرابي بوال على ساقيه اتجعله مثل ابن عباس وانه يحتمل ان يكون عبر
بالتزوج عن البناء بها حلالا اوطي من الحكم على احدهما بالوهم والرد
والمجاز اولى من الغلط قال الحافظ ابو جعفر الذين رووا انه عليه
السلم تزوجها وهو محرم اهل علم وتثبت من اصحاب ابن عباس مثل سعيد
ابن جبير وعطا وطاووس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وهؤلاء
كلهم فقهاء والذين نقل عنهم عمرو بن دينار وايوب السختياني وعبد الله
ابن ابي نجيح وهؤلاء ائمة يقتدى برواياتهم قال الطحاوي واما حديث
عثمان فانما رواه نبيه بن وهب وليس كعمرو بن دينار ولا جابر بن زيد
ولا ممن روى ما يوافق ذلك عن مسروق عن عائشة ولا لنبيه ايضا موضع
من العلم بموضع واحد ممن ذكرنا وروى مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن

عن سليمان بن يسار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه
ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحرث ورسول الله صلى الله
عليه وسلم بالمدينة قبل ان يخرج قال ابو عمر بن عبد البر حديث مالك في
هذا الباب غير متصل رواه مطر الوراق فوصله قال وهو غلط من مطر
الوراق لان سليمان بن يسار ولد سنة اربع وثلثين ومات ابو رافع بعد
قتل عثمان بسنتين وكان قتل عثمان في ذي الحجة سنة خمس وثلثين فلا يمكن
ان يروي عنه قال الترمذي لا نعلم احدا اسنده غير حماد بن زيد عن مطر
الوراق عن ربيعة وضعف البخاري حديث عثمان في النهي عن نكاح
المحرم ورد رواية مالك ومذهبه وقال ايضا حديث ابن الاصم مرسل
وادخل في صحيحه عن سعيد بن المسيب انه عليه السلم تزوجها
وهو محرم قال الطحاوي ما روي عنه عليه السلم انه تزوجها
وهو حلال من رواية مطر الوراق ومطر عندهم ليس ممن يحتج
بحديثه قال ولو رفعه انما كان من قول يزيد بن الاصم لا عن ميمونة
اعتراض قال القاضي عياض قالوا النهي قول والجواز فعل والقول
مقدم لوجهين احدهما ان القول يتعدى دون الفعل والثاني يجوز ان
يكون الفعل مخصوصا به عليه السلم لا سيما في باب النكاح ولان الفعل
معارض في نفسه ولا معارض للقول وقالوا معنى قوله وهو محرم
اي حال في الحرم لا على ان احرام بهذه الشبهة عندهم ولكونه
من قولهم القول يتعدى دون الفعل من وجهين احدهما المنع فان الفعل
يتعدى ايضا لان الاحرام لما لم يكن مانعا منه في حقه وثبت جواز
العقد معه في حقه يثبت في حق امته اولى بالرخص وهو بالعزائم
لضعفهم وحاجتهم وقوته وتحمل الاشق والوجه الثاني ان القول
ليس يتضمن في علم المشرع عينه لجواز ان يكون النهي للكراهة وترك
الاولى الا ترى انه لو خطب وهو محرم وتزوج وهو حلال لجاز لا سيما
النكاح بالاتفاق وقد صح النهي عن الخطبة على خطبة اخيه المسلم

ولو فعل صح النكاح عندنا وعند الشافعي وابن حنبل خلافا لمالك وداود
الظاهري فاذا حمل النهي على الكراهة دون المشروعية امكن العمل
بالاحاديث كلها وهو قول من ابطال البعض والحمل عن الوجه
الثاني ان الاصل عدم الاختصاص ويلزم منه ترك تغيير الاصل فلا يصار
اليه والحمل عن تأويلهم لقوله وهو محرم اي حال في الحرم
من بلدته اوجه احدها ان حمله على الحقيقة الشرعية اولى
من الحقيقة اللغوية لما عرف والثاني انهم يزعمون انه كان بالمدينة
عند العقد وانما زوجه اياها وكيلاه عليه السلام فلم يكن في الحرم
ولو ادعوا ان المدينة حرم لم يكن ذلك مسلما لهم ويكون على هذا النبي
عليه السلام محرما على الدوام الا اذا بعد عن المدينة والثالث ان
الراوي الذي هو ابن عباس لم يطلع له بعقد الاحرام لانه دفع به
قول من المتزوج بها وهو حلال ولا يمكن حمله على خلاف رواية الراوي
مع ما ذكرنا من تضعيف البخاري وغيره حديث عثمان في النهي
وضعف رواية من روى انه تزوج بها قال في المغني سرف على
وزن كتف جبل بطريق المدينة وقال ابن فارس سرف مكان وانما اشتهر
نكاحه فيه وبنا فيه بها وماتت فيه وكان عليه السلام عنده حلالا ولو ثبت
فهو محمول على الوطي اي لا يطأ المحرم ولا يمكن المحرمة من وطيها قوله
ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وفي مصنف ابي بكر
ابن ابي شيبة عن الحسن والزهري انهما قالا لا يتزوج الحر اربعا من
الاماء من غير فصل وقال ابن عباس ومجاهد لما وسع الله على هذه
الامة نكاح الامة وان كان موسرا الا ان يكون تحته حرة وقال قتادة
والثوري اذا خاف العنت جاز له نكاح الامة وان وجد طولا وفي
الذخيرة القرافية اذا لم يستغن بامة واحدة يتزوج الى اربع وهو
قول ابن حنبل وان استغنى بها ففي الزيادة عليها خلاف وابن نافع جوز نكاح
ابنتين من الاماء وعند الشافعي لا يزيد على واحدة وهو رواية عن

ابن حنبل ذكر ذلك في المغني وحاصله ان نكاح الاماء ضروري عند الشافعي
وهذا لم يجوز نكاح الامة الكتابية ولم يجوزوا الزيادة على الواحدة
المسلمة لما في ذلك من تعريض ولده على الرق وقوله بالكتاب وهو
قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات
فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات فيجوز نكاح الامة بخمس
شرائط منها ان يكون مسلما وان يكون مملوكا لمسلم هكذا في عامة
كتبهم وفي النهاية لو اراد مسلم ان ينكح امة مسلمة لكافر عند عدم
طول الحرة ووجود خوف العنت فالمذهب الصحيح ومن الاصحاب
من منع لاجل ارقاق الولد للمسلم الكافر ويلك فيه وهي ان لا يكون
تحته حرة وان يكون خائفا من العنت وان يكون فاقدا طول الحرة
وفي المنهاج للنواوي ان لا يكون تحته حرة تصلح للاستمتاع وقيل
ولا غير صالحة وان يعجز عن حرة تصلح للاستمتاع وقيل ولا تصلح
فلو قدر على غائبة حلت له الامة ان لحقه مشقة ظاهرة في قصدها
وخوف الزنا في مدته فان امكنه التسري فلا خوف في الاصح وفي
المعترض خشية العنت ان تغلب عليه الشهوة مع ضعف عاصم التقوى
في حقه وليس معناها ان النفس الى النكاح بحيث لو لم
تتوق اليه في الزنا من يوهم طريق مخوف وليس معناه وجود
قاطع الطريق فيه قطعا بل المراد به توقعه لا اذا هنا وفي نهاية
المطلب عليه الظن بسبب سوط وتحقق الخوف من الوقوع في الزنا
واذا كان وقوع المحذور في الطريق يعارض سلامته يعد مخوفا
وان كان الخوف لا يتغلب على الظن بخوف العنت مثله والعسل لا
يبيح نكاح الامة فانه لا سبيل الى ادخال الامة على الحرة وان كانت
الحرة مهرمة ولو وجدها الا ولم يجد حرة مسلمة فله ان ينكح الامة
فان رضيت الحرة بمهر مؤجل يجعل فاقدا الطول الحرة وفي المغني لو وجد
من يقرضه او يبيعه او يوصي او رضيت بتاخير صداقها فله نكاح

الامة وفي الذخيرة روى عن مالك جواز نكاح الامة مطلقا ومنشا
الخلاف مفهوم الشرط ليس بحجة او حجة وهو قول ابن القاسم والطول
صداق الحرة ولا يراعي القدرة على النفقة وروى ان الطول وجود
الحرة تحته وعلى المشهور لو خشي العنت ابيحت له الامة ولو كان
تحته ثلث حراير وهو ضعيف لان من كان تحته ثلث حراير لا
يخشى العنت ولا بواحدة ولو كانت خشية العنت تجوز امة ثلث
حراير وادخالها عليهن لجاز مع الاربع وفساد هذا ظاهر
فان قدر على طول الحرة بعد التزوج بالامة يبطل نكاح الامة
عند مالك والشافعي في الاظهر وكذا والنسا لا يرتفع نكاح
الامة وقال المزني يرتفع وهو يرتفع وهو رواية عن احمد واتفقوا
على ان زوال خوف العنت لا يرفعه وعلل صاحب المعترض
في الخلاف لامامه الشافعي بان جواز نكاح الامة المسلمة
معلق بالشرطين فقدان طول الحرة وخشية العنت والمعلق
بالشرطين لا توجد الا عند وجودهما قال وهذا غير صحيح
لان هذا يثبت الجواز عند وجودهما ولا يدل على عدم الجواز
عند عدمهما وحاصله يرجع الى ان تخصيص الشي بالذكر
يقتضي ثبوته عند وجوده ولا يتعرض الى عدمه عند العدم
فيكون هذا تمسكا بالمفهوم المختلف فيه وعندنا المذكور
مفوض الى راي المجتهد فيسال ليوليه للاجتهاد فيه او يكون
ذكره باعتبار انه الغالب والمسكوت عنه كالنادر وهنا
كذلك فان نكاح الاما نادر جدا وانما يقع في حالة العجز عن طول
الحرة اذ العاقل يستنكف عن تزوج الامة فخص بالذكر هذا
المعنى ولان منطوقه لا يدل على الصحة فكيف يكون مفهومه الا على
البطلان انتهى كلام صاحب المعترض وليت الوصف المذكور علة
الحكم فيوجد الحكم بوجوده ولا اثر للعلة في النفي لان عدم العلة لا

يكون علة لعدم الحكم اذ الامر العدمي لا يصلح علة الحكم عدمي ولا
وجودي وان كان شرطا فالشروط اللغوية علة الا الحرية فيعود
البحث الاول ولا يقال الوصف بالايمان يدل على منع الامة الكتابية
لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة اذ لا يجوز تحرير الرقبة
الكافرة في كفارة القتل اجماعا لفقدها الايمان فيهما فانا نقول
تحرير الرقبة في كفارة القتل لم يشرع الا مقيدا بالايمان
بخلاف النكاح فانه شرع مقيدا ومطلقا في الايتين المتقدمتين
ولان الطول القوة والقدرة لقوله تعالى ذي الطول والنكاح
الوطي حقيقة وفي العقد مجازا على ما مر فكان معنى الاية
من لم تقدر ان يطا حرة فان لم تكن تحته حرة فليتزوج امة والطول ال
المال ايضا لقوله تعالى استاذنك اولوا الطول منهم فلا
حجة مع هذا الاحتمال واشتراط خشية العنت ثابت
لكراهة التزوج بالامة عند عدمها ولان الله تعالى وصف المحصنات
بالايمان وشرطه فيهن وقد تركهم ذلك ولم يجوزوا الامة مع طول
الحرة الكتابية في احد الوجهين قال امام الحرمين وهو اقرب
الى المعنى وجوزتم نكاح الامة مع طول الحرة الكتابية في
احد الوجهين فقد جوزتم له ارقاق ولده مع الاستغنا عنه بالحرة
الكتابية ولان العلة في المنع لو كان ارقاق الولد لما جاز عند الحاجة
كما لا يجوز له ارقاق ولده الحر بالبيع عند المجاعة والحاجة
ولان العلة في التحريم لو كانت ارقاق الولد ينبغي ان يجوز له
التزوج بالامة الايسة وينبغي ان يجوز للمجبوب ان يتزوج بالرقيقا
لانتفا علة التحريم وهو باطل ايضا بادخال الحرة على الامة
مع بقا نكاح الامة ومن نصفه حر ونصفه عبد يملك امة
مع القدرة على الحرة واتفقوا عليه وللعبد ان ينكح امة مع طول
الحرة وليس له ان ينكح امة على حرة وله الجمع بين الحرة والامة عندهم

في عقدة وله نكاح امتين والحر لا ينكح الا امة واحدة والامة الكتابية
لا يتزوجها حر مسلم ولا عبد مسلم نص عليه الشافعي قال واذا
قلنا ان الرق غير معتبر ولا موثر في حقه فلتكن الامة الكتابية
في حقه كالحرة الكتابية قال وهذا متجه على هذه القاعدة
وجوزوا نكاح الامة الكتابية من الحر الكتابي وكفرهما لا
يوثر في حق الكافر وفي الحواشي ارقاق الحر بعد ما سبق الحرية قلت
الارقاق اثبات الرق وشرطه ان يكون رقيقا قبله لتحصيل الحاصل
وحمه اسلف ان يكون حرا قبله وان لا يكون رقيقا فحين كان نطفه
لم يكن حرا ولا رقيقا هذا الحق هو الصواب قال الفخر الدين الرازي
في تفسيره الكبير كلمة ان واذا تفيدان حصول المشروط عند حصول
الشرط ولا تفيدان عدمه عند عدمه وقال ايضا اذا مقتضاه
الثبوت عند الثبوت اما العدم عند العدم فغير مسلم وذكر
الشيخ امام الهدى ابو منصور الماتريدي السمرقندي ان الطول
يحتمل وجوها احدها طول نكاح الحرة للعجز عن النفقة والكسوة
والمسكن دون المهر وهذا الوجه اوجه لوجوه احدها ان
طول المهر مذكور في نكاح الامة بقوله تعالى فآتوهن اجورهن
الثاني ان من وجد طول الامة كان واجدا طول الحرة الثالث
قوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة ولو كان لا يجوز نكاح الامة
عند طول الحرة لم يكن للنهي معنى الرابع طول المهر ليس بشرط لجواز
النكاح فانه يجوز بمهر في الذمة الخامس معناه من لم يملك
فراش الحرة فله ان ينكح امة وعن ابن عباس مما وسع الله على هذه
الامة واليهودية والنصرانية وان كان موسرا وعند طول امساك
الحرة للعجز عن النفقة فله تطليق الحرة والتزوج بالامة لان ادخالها
على الحرة لا يجوز فكان الاية دليل وجوب الامساك بالمعروف ولذا
امساك المسافر شرط الاولى عند اهل العرف كايمان المحصنات وقال

ناصر الدين بن المنير قيل هل يستطيع ربك هل يفعل يقول للقادر
هل يستطيع لذا مبالغة في السماحة فتكون عبارة عن المسبب
لانها عن اسباب الايجاد وعكسه التعبير عن الارادة بالفعل في
قوله تعالى اذا قمتم الى الصلوة قال ومنه تاويل ابي حنيفة رضي الله عنه
ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح اي ومن لم يملك وحمل النكاح على
الوطي وجعل الاستطاعة نفس الملك حتى ان القادر غير المالك
عادم للطول قال كنا نستبعد ذلك حتى وقفت على هذا القول
عن الجوارني وهو قول حسن قوله ولا تتزوج امة على حرة
وعن الحسن البصري لا تنكح الامة على الحرة فان فعل لم يترك
وعن سعيد بن المسيب ومكحول في الرجل يتزوج الامة على الحرة
قال لا يفرق بينهما وعن الزهري توجع ظهره وينزع منه وعن ابن
طاوس قلت لابي رجل يتزوج امة على حرة والله يزعم انه قد حرمها
عليه قال صدقوا ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه وفي الذخيرة على
القول باشتراط الطول خمسة اقوال احدها الحرة كالبيت للامة الداخلة
عن الحرة وبالعكس والثاني ان كانت داخلة على الامة خيرت او الامة
الداخلة فلها الخيار في الامة والثالث ان دخلت الامة عليها في
نفسها او بالعكس ولا خيار لها الرابع ان دخلت الامة عليها فسخ نكاح
الامة والخامس ان دخلت الامة فسخ نكاحها وان دخلت الحرة لم يفسخ
نكاح الامة وعند الشافعي لا ينكح امة على حرة وله الجمع بينهما
في عقد وذكر ابو الليث السمرقندي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
تزوج الامة قال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه فيه رجل مجهول
وعن مسروق لا تنكح الامة على الحرة الا المملوك وعن مسروق
عن عبد الله مثله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة والعقوبة على
ما ياتي فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام
ويجوز تزوج الحرة عليها وهو اجماع وفي المدونة لا تتزوج حرة على

امة فان فعل جاز وحرم الحرة بطلقة ثانية وفيه ايضا يجوز نكاح الحرة
على الامة واختار الحرة ان لم تكن علمت وعن ابن عباس تزويج الحرة
على الامة طلاق الامة فان فعل جاز وحرمت الحرة بطلقة ثانية
وفيه ايضا يجوز نكاح الحرة على الامة واختيار الحرة ان لم تكن
علمت وعن ابن عباس تزوج الحرة على الامة طلاق الامة ومثله
عن مسروق وعند ابن حنبل في بطلان نكاح الامة روايتان
عدم البطلان قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي ويروى
ذلك عن علي رضي الله عنه والثانية ينفسخ نكاح الامة وهو قول
ابن عباس ومسروق والمزني واسحاق وحكى النخعي اذا كان له ولد
من الامة لا يفارقها والا فارقها ذكر ذلك في المغني وعن سعيد
ابن المسيب ينكح الحرة على الامة ولا ينكح الامة على الحرة وان الحرة
من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها حتى لو جمع بينهما
في عقد واحد بطل نكاح الامة وصح نكاح الحرة وفي قول
للشافعي بطلانه وفي الذخيرة يجوز للعبد ادخال الامة على الحرة
والحرة على الامة ولا خيار وروى لعبد الملك لها الخيار وفي المدونة
اذا تزوج حرة وامة في عقد وسمى لكل واحدة صداقا فسخ في حق
الامة فان علمت الامة فلا خيار لها والا خيرت وقال ابن القاسم
يفسد لجمعه بين حلال وحرام كالجمع بين الام وابنتها في عقد وعن
المسيب والبصري والزهري لا تتزوج الامة على النصرانية الحرة
واليهودية الحرة وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تتزوج النصرانية
واليهودية على المسلمة وعند الجمهور يجوز وبه قال ابن المسيب والبصري
والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والاوزاعي وابو عبيد وابو
ثور وابن المنذر وفي الذخيرة يجوز التزوج بامة الاب والام والاجداد
والجدات وقيل بامة الاب والام خاصة لان ولده منها حر ويجوز للعبد
والخصي والشيخ الفاني فيبطل تعلقهم بمفهوم الشرط والعنت الزنا

واصله الضيق والمشقة قال الله تعالى ولو شاء الله لاعنتكم اي لضيق
عليكم ولو كان الزنا يودي الى عذاب الله تعالى سمي عنتا من تسمية
المسبب باسم المسبب فان تزوج امة على حرة في طلاق بائن لم يجز
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز لانه ليس بتزوج عليها
بخلاف الرجعي ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي
حنيفة ان بقاء العدة حكم قيام النكاح من وجه فالاحتياط
في المنع فاشبه نكاح الاخت في عدة الاخت بخلاف اليمين لان
المقصود فيها ان لا يدخل في قسمها غيرها لان بقاء النكاح من
وجه لا يلغي الحنث لان في الحنث يشترط وجود شرطه صورة
ومعنى حتى لا يحنث بالشك اذ الاصل براءة الذمة وللحر ان يتزوج
اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك وعن
القاسم بن ابراهيم انه اباح نكاح تسع وهو خرق للاجماع وفي
الحواشي حكاه عن النخعي وابن ابي ليلى وعن بعض الشيعة وللخوارج
جواز النكاح ثماني عشرة تعلقا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من
النساء مثنى وثلاث ورباع فمن جعل مثنى بعد العدل بمعنى اثنين ولذا
ما بعده اباح نكاح تسع ومن قال مثنى يعني اثنين مرتين اباح نكاح
ثماني عشرة امراة وحكى القاضي عبد الوهاب عن بعض الناس انه
جوز للرجل ان يتزوج من النساء اي عدد شاء قليلا كان او كثيرا من غير
حصر اعلم ان معنى مثنى اثنتين اثنتين اثنتين غير محصورة ولذا ما
بعدها وفي البدائع ادنى ما يراد بالمثنى مرتان وبالثلاث ثلاث مرات
قلت هذا سهو منه بل ادنى ما يراد من ثلاث ستة وقال الاستاذ
ابو اسحق في تفسيره ان مثنى معدول عن اثنين والواو بمعنى او للتخيير
وذكر ابن عمرون في شرح المفصل انه جاء في قول المثنى احاد في معنى واحد
غير مكرر قال وكذا وقع مثنى موقع اثنين غير مكرر وفي مشارق الانوار
لعياض حين يقوم من المثنى يعني من جلوس ثانية الصلاة الرباعية

ومثله قوله عليه السلام صلوة الليل مثنى مثنى اي ركعتان اثنتان والنجاة على
الاول وفي الكشاف الخطاب للجميع فوجب التكرير كما تحرير يريد الجمع ما
اراد من العدد الذي اطلق له كما تقول اقسموا هذا المال درهمين درهمين
وثلثه ثلثه واربعه اربعه ولو افردت لم يكن له معنى ولو قلت اقسموه
درهمين درهمين او ثلثه ثلثه او اربعه اربعه اعلمت انه لا يسوغ
لهم ذلك الا على احد انواع هذه القسمة وليس لبعضهم الجمع بينها والواو
جوزت لهم الاختلاف والاتفاق والدليل على ان الواو للتخيير قوله
تعالى اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع ولم يرد ان لكل ملك تسعة
اجنحة والمثنى داخل في الثلاث والثلاث داخل في الرباع او الواو
على سبيل البدل وذكر ابن عصفور ان مثنى يكون عند البصريين معرفة
عند الكوفيين ولا يدخله اللام كما ذكر سيبويه تصرف ان صغرته
ثم واخر ومعنى الاية لينكح بعضكم اثنتين وبعضكم ثلثا وبعضكم
اربعا ولا يجوز الجمع لا لتسعة ولا لثمانية واذا تزوج تسعا في زمان
واحد لا يكون مثنى ولا ثلاث ولا رباع بل يكون تساع فانه
اباح الله سبحانه الزواج في التوراة من غير حصر عدد حفظا
لمصالح الرجال دون النساء وحرم في الانجيل الزيادة على الواحدة
حفظا لمصالح النساء دون الرجال وجمع في هذه الشريعة الشريفة
المعظمة بين الرجال والنساء وقال الشافعي لا يتزوج الامة واحدة
مسلمة وقد تقدم وقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ينتظم الحرة
والامة كما في الايلا والظهار وقوله ولا يجوز للعبد ان يتزوج
اكثر من اثنتين وبه قال عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله
عنهم وهو مذهب عطا والحسن البصري والشعبي والثوري
وقتادة والشافعي وابن حنبل وقال سالم والقاسم وطاوس ومجاهد
والزهري وربيعة ومالك وابو ثور وداود الظاهري انه نكاح كالحر
واستدلوا عليه بالعمومات ولنا قول من سميناه من الصحابة ولا

نعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولان الرق منتصف على ما عرف
فان اذن له سيده في التزوج يتزوج واحدة لا غير عند العامة وقال
ابو ثور ان عقد على ثنتين في عقدة جاز في المحلى وعن عطا اجمع اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان العبد لا يجمع بين النساء فوق
اثنتين وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما انه سال الناس كم ينكح
العبد فاتفقوا على ان لا يزيد على اثنتين قال علي الظاهري هذا مما
خالف فيه المالكيون صحابة لا نعرف لهم مخالفا من الصحابة بقوله
وقال ما لا يجوز لانه في حق النكاح كالحر حتى قال لله تعالى اذن
سيده هذا لم يقله مالك قال ابو بكر بن العربي في العارضة لا
خلاف لاحد في ان العبد لا يجوز له تزويج بغير اذن سيده فان
تزوج بغير اذنه كان للسيد اجازته او رده فان اقدم عليه
ولا حد عليه واوجبت الظاهرية عليه الحد وعزاه ابن حزم
الى جماعة من السلف لقوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير
اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود وذكر عن مالك في ذلك تناقضا
وهو انه جعل رد المولى ذلك طلاقا وجوز له التسري بملك واحد
باذن سيده ومنعه ابن سيرين وحماد والثوري والشافعي
مع اصحابنا فان ملكه جارية واذن في التسري بها جاز عنده
فان طلق الحر احدى نسائه الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج
رابعة حتى تنقضي عدتها وقد ذكرنا مذاهب العلما في ذلك عند
ذكر نكاح الاخت في عدة الاخت وذكر ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه انه قول علي وزيد بن ثابت وابن عباس وابن المسيب وعبيدة
ومجاهد وعطا والحسن ولتي صادق وابراهيم واجازه القاسم وعروة
ومثله في عدة الاخت فان تزوج حبلى من الزنا جاز النكاح ولا
يطاها حتى تضع حملها هذا عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي
وجوز وطيها وقال ابو يوسف وزفر ومالك وابن حنبل لا يجوز وفي الذخيرة

ان كان هو الذي زنى بها وظهر الحبل جاز النكاح عند الكل ووطؤها عند
الكل ويستحق النفقة ولذا عندهما في مسألة الكتاب وفي النوادر
وغيره لا نفقة لها ولا سكنى لانه ممنوع من وطئها والاستمتاع بها وان
كان الحبل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع اي فاسد وعن ابي
حنيفة ان كان النسب من حربي يجوز النكاح ولا يطأها حتى تضع كالحامل
من الزنا والاصح المنع والجواز رواية ابي يوسف واعتمدها الطحاوي
والمنع رواية محمد واعتمدها الكرخي وهي المعتمد عليها لما روى مسلم انه
عليه السلام راى امراة مجحًا على باب فسطاط فقال لعله يريد ان يلم
بها قالوا نعم قال لقد هممت ان العنه لعنًا يدخل معه قبره كيف يستخدمه
وهي لا تحل له ام كيف يورثه وهي لا تحل له والمجح الحامل التي دنت ولادتها
قال القاضي عياض قوله كيف يستخدمه وهو لا يحل له اشارة الى انه
قد ينمي الجنين بنطفة هذا الواطئ لامه الحامل فيصير مشاركًا
فيه لامه وكان له بعض الولد فاذا حصلت المشاركة منع له استخدام
وعنه عليه السلام انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقي
ماءه زرع غيره يعني وطئ الحوامل وقال عليه السلام لا توطأ حامل
حتى تضع صحيح وان زوج ام ولده وهي حامل فالنكاح فاسد وان وطئ
جاريته ثم زوجها جاز النكاح عندنا وكذا لو زوج ام ولده وهي ليست
بحامل وعند الائمة الثلثة لا يصح نكاحهما قبل الاستبراء بحيضة
على ما ياتي في باب العدة والاستبراء وينبغي له ان يستبرئهما قبل التزويج
صيانة لمائه فاذا جاز النكاح قبل استبرائهما فللزوج ان يطأها
قبل ان يستبرئها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له
ان يطأ قبل الاستبراء لاحتمال الشغل بماء المولى فالتنزه اولى وفي المشكلات
لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة ولهما ان الحكم بجواز نكاحها
دليل الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بعد دليل الفراغ وجوبًا ولا استحبابًا
فلا يرد عليه التزوج بالحبلى من الزنا فانه صحيح ولا يبيح الوطئ

فلم يكن الحكم

فلم يكن الحكم بصحة النكاح دلالة على الفراغ ويجاب عنه بان ذلك يكون
من حيث الفراغ عند الحنابلة الا عند تحقق الامر بخلافه وهذا بخلاف
الشغل فانه لا يدل على الفراغ بجوازه مع الحمل الثابت النسب كسر الامة
المزوجة الحامل من الزوج وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها
حل له وطؤها قبل ان يستبرئها عندهما ولا احب عند محمد وطئها
قبل الاستبراء والاول قول مالك والشافعي وقال قتادة واسحق وابو
عبيد وابن حنبل لا يجوز الا بشرطين انقضاء عدتها وتوبتها وقال ابن
حزم في المحلى لا يحل للزانية ان تنكح زانيًا ولا عفيفًا حتى تتوب فاذا تابت
حل لها الزوج من عفيف ولا يحل للزاني المسلم ان يتزوج مسلمة لا زانية
ولا عفيفة حتى يتوب وللزاني المسلم ان يتزوج كتابية عفيفة وان
لم يتب والزنا الطارئ بينهما ومن احدهما لا يوجب فسخ نكاحهما وروى
ذلك باسناده عن علي وابن مسعود والبراء بن عازب وجابر بن
عبد الله وابن عمر وعائشة واخرين رضي الله عنهم قال ابن حزم وقد
جاءت اباحة نكاحهما عن ابي بكر وعمر وابنه وابن عباس رضي
الله عنهم قال ابن المنذر وهو قول جابر وطاوس وابن المسيب وجابر بن
زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي واستدلوا
على ذلك بظاهر الاية والجمهور ان عمر رضي الله عنه ضرب رجلًا
وامراة في الزنا وحرص ان يجمع بينهما فابى الرجل وروى ان رجلًا
سال ابن عباس رضي الله عنهما عن نكاح الزانية فقال يجوز ارايت
لو سرق من كرم ثم ابتاعه اكان يجوز وعدة الزانية عن ابن حنبل
ثلث حيض كعدة المطلقة ثم اذا ثبت باحل الزاني ان يتزوج بمن زنى
بها عند الجمهور وعن ابن مسعود وابن عازب وعائشة رضي الله عنهم
انها لا تحل للزاني بحال ثم لا يفرق بين الزوجين بزنى احدهما وعن
جابر بن عبد الله ان المراة اذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء وعن
الحسن مثله وعن علي انه فرق بين امراة ورجل زنى قبل ان يدخل بها

وقال احمد لا ارى ان يمسك زانية ولا يطأ الزوج حتى يعتد من الزاني
بثلث حيض عنده وقيل يكتفي بحيضة وقال ابن حنبل لا يطأ جاريته
الزانية وقال ابن مسعود اكره ان اطأ امتي وقد بغت وعن ابن
عباس وابن المسيب الرخصة في وطي الامة الفاجرة ومذهب علي
رضي الله عنه المذكور مذهب الامامية ويقولون ان زنى بامرأة لها
زوج او هي في عدة زوج من طلاق رجعي او هي في عدة زوج لم تحل له
ابدا واكثر المفسرين على نسخ الاية ثم قيل نسخها قوله تعالى بعدها
وانكحوا الايامى منكم قال سعيد بن المسيب واخرون وقيل منسوخة
بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية وقيل الاية
فيمن اراد ان يتزوج بغية معلنة بالزنى وجعلها والزنا وفيه بعد
وقد ذكر الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران قالوا والمراد
بالنكاح الوطي والعقد اظهر والاول مروي عن ابن عباس
وهو مروي بقوله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية
لا ينكحها الا زان او مشرك فان ظاهره يجوز للزانية نكاح المشرك
وهو غير جائز بالاجماع وفي الكشاف الفاسق الذي من شانه الزنا
لا يرغب في نكاح الصوالح من النساء على جملة وصفته وانما يرغب
في زانية مثله او مشركة وكذا الزانية المسافحة المشهورة بذلك لا يرغب
في نكاحها الصلحاء من الرجال وينفرون عن نكاحها وانما يرغب
في نكاحها من الزناة وفرق بين الزاني والمشرك تنبيها لامر الزنا
واسقاطا ماله ومعنى الجملة الاولى وصف الزاني بكونه غير
راغب في العفائف المؤمنين في الزواني ومعنى الجملة الثانية وصف
الزانية بكونها غير مرغوب فيها للاعفاء والصالحين وللزناة
وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة وعن علي وابي هريرة والحسن لا
يتزوج المحدود الا محدودة والجماعة على خلافه فيه قوله ونكاح
المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

وفي المنار في صورته ان يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك او لاستمتع
بك او متعيني نفسك اياما والنكاح الموقت ان يتزوج امرأة بشهادة
شاهدين عشرة ايام او شهرا او سنة ونحوها والفرق بذكر لفظ
التزوج في الموقت دون المتعة وكذا بالشهادة فيه دون المتعة الا
بلفظها وفي المعتمد خلاف زفر في اتزوجك شهرا بكذا الا في اتمتع بك وفي
البدائع نكاح المتعة نوعان احدهما ان يكون بلفظ النكاح والتزوج
وما يقوم مقامهما فالاول يقول اتمتع بك يوما او شهرا او سنة على
كذا وهو باطل وفي ملتقى البحار النكاح الموقت في معنى المتعة عندنا
خلافا لزفر وحكى ابن عبد البر وابن قدامة الحنبلي والنووي
عن زفر ان نكاح المتعة يصح ويتابد عقده ونقلهم غلط وانما
قال زفر في النكاح الموقت كما ذكرته عن اصحابنا وفي المغني وهي ان
يتزوجها شهرا او سنة او الى انقضاء الموسم او قدوم الحاج ونحوه
وسواء كانت المدة مجهولة او معلومة وهو قول عامة الصحابة
رضي الله عنهم والفقهاء وممن روي ذلك عنه عمر بن الخطاب وعلي
وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير قال ابو عمر بن عبد البر على تحريمه
اهل المدينة وابو حنيفة في اهل الكوفة والاوزاعي في اهل الشام
والليث بن سعد في اهل مصر والشافعي وابن حنبل في اهل الاثر
وفي قواعد ابن رشد وغيره اختلفوا في وقت تحريمها ففي بعض
الروايات حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر من
رواية علي بن ابي طالب متفق عليه وفي بعضها يوم الفتح رواه
مسلم وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع رواه احمد
وابو داود وفي بعضها في عمرة القضاء عن سبرة بن معبد الجهني
وقاله الحسن البصري ذكره في المغني وفي بعضها عام اوطاس رواه
مسلم واشتهر عن ابن عباس رضي الله عنهما تحليلها وتبعه على ذلك
اكثر اصحابه من اهل مكة واليمن ورووا عنه انه كان يحتج على ذلك

بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن وروي عنه أنه
قرأ إلى أجل مسمى وهي قراءة ابن مسعود أيضا قال صاحب البدائع
والتمسك بها من ثلاثة أوجه أولها أنه تعالى ذكر فيها الاستمتاع
وهو المتعة ولم يذكر النكاح ثانيها أنه أمر بإيتاء أجورهن وحقيقة
الإجارة في المتعة على العقد على منفعة البضع وثالثها أنه أثبته
بعد الاستمتاع وهو حكم الإجارة والمتعة أما المهر فإنه يجب
بالعقد نفسه ولا يتوقف على وجود الاستمتاع وروي عنه أنه
قال ما كانت إلا رحمة رحم بها أمة محمد ولولا نهي عمر عنها ما وقع في
الزنا إلا شقي روى ذلك عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن
عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى الناس
وهو محكي عن أبي سعيد الخدري وإليه ذهبت الشيعة وخالفوا
عليا وعامة الصحابة رضوان الله عليهم والحجة عليهم في ذلك الأحاديث
الثابتة التي ذكرناها في النهي عنها والنص على تحريمها وإباحتها
منسوخة قال ابن المنذر في الإشراف قال القاسم بن محمد تحريمها
في القرآن وقرأ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت
أيمانهم فإنهم غير ملومين وهي ليست من الأزواج بدليل أنه لا طلاق
فيها ولا عدة ولا شهود عندها ولا ميراث فيها قال النواوي في شرح
مسلم قال القاضي اتفق العلماء على أن هذه المتعة كانت نكاحا
إلى أجل لا ميراث فيه ولا شهود عنده والفراق بانقضاء الأجل من
غير طلاق وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال نسخها الطلاق
والعدة ومثله عن علي وقال ابن عباس كل فرج سواهما حرام رواه
الترمذي أي سوى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وقال ابن الزبير المتعة
الزنا الصريح ولا أجد أحدا يعمل بها إلا رجمته وعن علي رضي الله عنه
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن لحوم الحمر

الإنسية يوم خيبر متفق عليه وعنه عليه السلام أنه قال إني
كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم
القيامة الحديث رواه مسلم وأحمد وروي عن ابن عباس أنه أمسك عن
الفتوى فيها حتى بلغه أنه قيل فيه شعر وهو

أقول وقد طال الثواء بنا يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقال إنا لله وإنا إليه راجعون ما بهذا أفتيت ولا هذا أردت ولا
أحللت إلا ما أحل الله من الميتة والدم ولحم الخنزير يعني أن إباحتها
كانت في حال الاضطرار قال الخطابي شبهه بالمضطر إلى الطعام
في المخمصة قال وهذا قياس غير صحيح إذ لا يباح الإبضاع في حال
الضرورة وقد تقدم من رسول الله صلى الله عليه وسلم كالصوم ذكره ابن شداد
في أحكامه وعن سعيد بن جبير سمعت عبد الله بن الزبير يخطب
وهو يعرض بابن عباس يعيب عليه قوله في المتعة إن ناسا أعمى
الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة فقال ابن عباس لو شئت
سميت رجالا من قريش ولدوا منها وقال علي لابن عباس إنك رجل
تائه إن النبي عليه السلام نهى عن متعة النساء رواه مسلم وعن
سبرة بن معبد الجهني قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى
مكة في حجة الوداع فأذن لنا في المتعة فانطلقت أنا وصاحب
لي إلى امرأة من بني عامر كأنها بكرة عيطاء طويلة العنق فعرضنا
عليها أنفسنا فقالت ما تعطيني فقلت ردائي وقال صاحبي
ردائي وكان رداء صاحبي أجود من ردائي وكان ردائي خلقا وكنت
أشب منه فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها وإذا نظرت إلي
ردائي أعجبها ثم قالت رداء يكفيني فمكثت معها ثلاثة أيام ثم كان التحريم
الحديث رواه مسلم والحافظ أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار
وأبو داود وابن ماجه ويروى مكان ردائي بردي والبكرة العيطاء أي الشابة

العوبه والعطا بالعين المهملة والمد الطويله العنق في اعتدال وحسن
قوام وفي مسلم ونبرو كحلق اي قريب من البالي وبروك مخ وهو البالي
وفيه فتلمسا فيهاه مثل البكرة العنطنطه وهي كالعنطنطا
والعيطل من النسا الطويله وكذا من النوق والخيل وقال ابو حزة
عيطل يحكي مخص دعايم الزور نعمت زورق البلد والثاني العيطا
اصليه هي عين الكلمه ووزنها فعلا ومذكرها اعيط وفي العيطل
زايدة ووزنها فيعل ويجوز ان يكون اليا فيها اصليه ويكون
وزنها فعلل لان كانت اصلية في عيطا مثل دمثر ودمثر وبر وبرثار
ولولو ولال ولا يجب حذفها عندنا وبه قال الشافعي واختلف
فيه اصحاب مالك ونكاح المتعة لا يجوز عندنا وعند مالك ونقل صاحب
الكتاب عنه شهوه قال النواوي وهل يرفع الاجماع المتاخر الخلاف
المتقدم لا يرفعه على الاصح عند الشافعي وعندنا اجماع كل عصر
حجه فقد قال محمد رحمه الله ان قضا القاضي ببيع امهات الاولاد
باطل للاجماع الثاني وحكى الكرخي عن ابي حنيفه رحمه الله انه لا
ينقض فقال بعض مشايخنا دل على ان الاختلاف الاول جعله مانعا
من الاجماع المتاخر ومنهم من قال تاويله ان الاجماع مجتهد فيه فكان
فيه شبهة فينفذ قضاوه للشبهة في الاجماع الثاني هكذا ذكره فخر
الاسلام ابو العسر البزدوي في اصول الفقه وذكر شمس الايمة
السرخسي في الاصول عندنا هذا اجماع لكن يوجب العمل دون العلم
كخبر الواحد قال والاوجه عندي انه اجماع عند اصحابنا ونفاذ
القضاء عند ابي حنيفه وابي يوسف في بيع ام الولد للشبهة للاختلاف
في الاجماع الثاني فكان هذا الاجماع مجتهدا فيه الا انه لا يرفع
الاختلاف المتقدم والجواب عن قول جابر تمتعنا على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر ونصفا من خلافة عمر او صدرا
من خلافته انما فعل ذلك من لم يبلغه النسخ قال ابو بكر بن العربي

انما اخر النهي لاشتغال الناس بالفتنة عن تمهيد الشريعة فلما خلا
الكون عن الباطل وتفرغ الامام والمسلمون ونظروا في فروع الدين
بعد تمهيد اصوله انفذوا من تحريم نكاح المتعة ما كان مشهورا لديهم ثابتا
عندهم حتى راى عمرو معويه وعمرو بن حريث قد استمتعا فنهاهما
وفي العارضة ثلثة اشيا نسخت مرتين نكاح المتعه ولحوم الحمر
الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة والجواب عن
الاية ان الاستمتاع متهن بالنكاح لان المذكور في ذلك هو النكاح
دون المتعه وبعدها ومن لم يستطع منكم ان ينكح المحصنات
المومنات والمهر في النكاح يسمى اجرا قال الله تعالى فانكحوهن باذن
اهلهن واتوهن اجورهن فما استمتعتم به منهن اي اردتم الاستمتاع
بهن ولو دلت الاية عليها فهي منسوخة لما قدمنا وحجة قول زفر
انه ذكر النكاح بحضور شاهدين وشرط فيه شرطا فاسدا فيصح
النكاح ويلغوا الشرط لان النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة
كما لو تزوجها على ان يطلقها بعد عشرة ايام قلنا هو في معنى
نكاح المتعه والمعتبر في التصرفات معانيها دون الفاظها الا
ترى انه من وكل الغير جعلته وكيلا باعتبار المعنى فيهما وما قاله
باطل بما لو قال تزوجتك بعد عشرة ايام او من راس الشهر او ان
دخلت الدار فقد تزوجتك فان النكاح يبطل في هذه الصور ولا تلغوا
الاضافه والتعليق ذكره في التحفة وفيه لو قال اتزوجك على ان
اطلقك الى عشرة ايام او ما لبثت نفسي منك على هذا ينعقد
ويبطل الشرط وهو اظهر قولي الشافعي وعند احمد لا ينعقد اذا
اذا اضمر هذا من ولي عندها ولا فرق بين ما اذا طالت المدة او قصرت
في ظاهر الرواية وفي البدايع وروى الحسن عن ابي حنيفه انه اذا ذكرا
مدة لا يعيشان الى مثلها يصح النكاح ولانه في معنى المؤبد واختلف
المشايخ في ذلك ايضا فمن نظر الى المعنى صحح النكاح وابطل الاجل

ومن نظر الى لفظ التأقيت ابطل النكاح هنا وصحح الاجارة وحكى
ان المامون امر مناديا ينادي بحل المتعة فقام اليه القاضي يحيى
ابن اكثم وهو يتوضأ فقال نشدتك الله يا امير المومنين ان يستباح الابضاع
بغير نكاح فانها لا يثبت النسب ولا يجري بها التوارث فلو كانت نكاحا
لافادت هذه الاحكام فرجع المامون عند ذلك ودعا للقاضي فـــرع
لا باس بتزوج النهاريات قاله عطا والحسن البصري وكرهه ابن سيرين
وحماد وهو ان يتزوجها على ان ياتيها نهارا دون الليل وقال ابن دينار من
المالكية يفسخ قبل البنا وبعده وفي المدونة يفسخ قبل البنا ويثبت بعده
ويأتيها ليلا ونهارا وقاله اصبغ لانه مويد فيلغوا الشرط فـــرع
ولو نكح مطلقا ونيته ان يمكث معها مدة نواها فنكاحه صحيح وشذ
الاوزاعي في جعله ذكره النووي في شرح مسلم قولـــه ومن تزوج
امراتين في عقد وحدة احداهما لا يحل نكاحها بان كانت محرمه
او مجوسية او كانت في عصمة غير او في عدته صح نكاح التي يحل
نكاحها وبطل نكاح التي يحرم نكاحها وهو قول الجمهور من العلما
واحد قولي الشافعي وابن حنبل بخلاف من جمع بين حر وعبد في البيع
حيث يفسد البيع في العبد والفرق من وجوه احدها انه جعل القبول
في الحر شرطا لصحة العقد على العبد وهو شرط فاسد والبيع
يفسد بالشروط الفاسدة لان النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط
بخلاف النكاح والفـــرق الثاني ان الشرط في البيع في معنى
العوض لانه مقابلة مال بمال ولا كذلك النكاح والفـــرق الثالث
ان الحر لم يدخل تحت العقد فكان بيعا للعبد بالحصة ابتدا وهو
بيع فاسد والنكاح لا يفسد بذلك وسئل عن الفرقة بينهما انه
لو قال بعتك هذا العبد بقيمته او لم يذكر شيا كان النكاح صحيحا
ويجب مهر المثل ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل في اشهر قوليهما

انه يقسم على مهر مثليهما وعلى القول الاخر يجب مهر المثل لفساد التسمية
وفي الذخيرة عن مالك اذا جعل نصف عبد صداقا ونصفه مبيعا منه
في المدونة وقال يفسخ قبل البنا وبعده يجب مهر المثل للجهالة وقال ابو طاهر
فيه اربعة اقوال ثالثها الكراهة لا غير ورابعها ان بقي بعد ثمن السلعة
ربع دينار جاز وفي المغني تزوج اربعا في عقد واحد صح النكاح والمهر
وكذا في اشهر قولي الشافعي وابن حنبل وعنهما يجب لكل واحدة
مهر مثلها وبطل عمن اشترى اربعة اعبد بثمن واحد او صبرة
طعام لا يعلم قدرها وبل اولى لان المهر في النكاح غير مقصود
ولا يضر للجهالة في البقا بخلاف الثمن فاذا لم يضر الجهالة في
الثمن لكونه في حال البقا فالنكاح اولى فاذا صحت التسمية
يقسم مهر المثل على مهر مثلهن عندنا وبه قال الشافعي والقاضي
وابن حامد من الحنابلة وقال ابو بكر منهم يكون المهر بينهن بالسوية
وهو قول ابي ثور واعتبره بالاقرار والصدقة والهبة قال في
المغني واتفقوا على ان من اشترى عبدين بالف فظهر احدهما
حرا او مستحقا او تزوج جاريتين فظهرت احداهما حرة او
اشترى سيفين فوجد احدهما معيبا حصته من المهر والثمن
قال نص احمد على ذلك قول ابي يوسف ومحمد ان الزوج جعل الالف
مهرا لها لا لاحدهما فلا تستحقه كله ولابي حنيفة ان التي لا يحل
لا تصلح مزاحمة للتي يحل فكان الالف كله لها كما لو تزوجها وحمارا
معها او ذكرا وحايطا ولو دخل بالتي لا يحل يلزمه مهر مثلها لا يجاوز
به حصتها من الالف نص عليه في الزيادات وادعى المناقضة على ابي
حنيفة بهذا ولذا تدخل في العقد عنده حتى لا يلزمه الحد بوطيها
مع العلم بالحرمة ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى
جوابه ان الدخول بالتي لا يحل يوجب مهر المثل مطلقا هكذا في
الاصح المبسوط وهو الاصح وما ذكره في الزيادات قولهما وبعد التسليم

بقول المتومن المجاوزة تحصل بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى
لا بانعقاد العقد فيها ودخولها تحته وذلك موجود في حق التي
لا تحل فانما الانقسام للاستحقاق باعتبار الدخول في العقد
والتي تحل هي المختصة بالدخول تحت العقد فكان جميع البدل للداخلة
تحت العقد ولذا سقوط الحد في قول ابي حنيفة لم يكن من حكم صورة
العقد لا من حكم انعقاده في حقها فقد وجد ذلك في حق التي لا تحل
له اما انقسام البدل فمن حكم الدخول تحت العقد ذكره في المبسوط
فان قيل كان ينبغي ان يكون الخلاف على العكس فيكون المسمى
كله للتي تحل عندهما وعند ابي حنيفة يقسم المسمى على مهر مثلهما ولا
يلزم الكل لها عنده وذلك ان نكاح المحرم عنده له حكم الصحة
من وجه عنده بدليل ثبوت النسب له ووجوب العدة بالوطي
فيه وسقوط الحد مع العلم بالحرمة وعندهما هو زنى لا يثبت به
النسب ولا العدة ويحد لو وطي مع العلم بالحرمة فصلحت مزاحمة
للتي تحل عنده لا عندهما قلت الجواب عن ذلك ان التسمية
معتبرة في حق من لا تحل ايضا اذ لا معتبر في حقها سواها لانه لا عقد
في حقها ولا شبهة عقد عندهما واذا لم يكن معتبر غير التسمية
اعتبرت التسمية اصله الاجارة الباطلة فان العقد لما لم يكن
معتبرا في الاجارة الباطلة اعتبر الاذن ان من اشترى ثمرا على
نخل قبل تناهي عظمه واستاجر النخل الى وقت الادراك طاب له
الفضل اذ الاجارة الباطلة لا تفيد شيئا فبقي الاذن من الآجر
معتبرا فاذا كانت التسمية معتبرة لانه لا معتبر غيرها صلحت
مزاحمة التي تحل في المسمى ولابي حنيفة ان التسمية غير معتبرة في حق
التي لا تحل لان النكاح معتبر عنده ولا عبرة للتسمية مع اعتبار غيرها
كما اذا اشترى زرعا قبل ان يدرك واستاجر الارض الى وقت الادراك
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وتفيد الملك فلم يعتبر

الاذن مع اعتبار غيره وهو العقد الفاسد فكان الالف كله للتي تحل
لعدم مزاحمة من لا تحل في المسمى وهذا من املاء شيخنا العلامة
صدر الدين سليمان قاضي القضاة رحمه الله قوله ومن ادعت
عليه امراة انه تزوجها واقامت على ذلك بينة فجعلها القاضي
امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاول وفي قوله الاخر
وهو قول محمد وقول الائمة الثلاثة وغيرهم لا يسعه ان يطاها
وحاصله ان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا
وباطنا فيما يملك القاضي انشاءه حتى لو كانت الدعوى على امراة
يشترط ان تكون محلا ولا تكون ذات زوج احد ولا في عدته ويشترط
حضور الشهود عند عامة المشايخ على قوله ذكره الزعفراني
وعلى قول البعض لا يشترط الشهود لانه عقد ضمني فلو ادعى
النكاح على امراة بمهر يسير او على الرجل بمهر كثير فاحش
او ادعى البيع بغبن فاحش لا ينفذ باطنا لانه لا يملك انشاءه وبذلك
ذكره في الجامع وعلى هذا دعوى الطلاق ويجوز لها ان تتزوج بغيره
عدة فان تزوجت باخر لا تحل للاول ولا للثاني عند ابي يوسف
وعند محمد تحل للاول دون الثاني وعند الشافعي يطاها الاول
سرا والثاني علانية ويكون لها زوجان ذكره شمس الدين يطاها
الاول سرا والثاني سبط ابن الجوزي قياسا على الامة المرسلة
وعلى ما اذا ظهر الشهود عبيدا او مجوسا في قذف او كفارا اما الامة
المرسلة عن اسبابها فان بعض ما يستندون بينها يرجح من غير
مرجح ولا يملك القاضي انشاءه واما اذا ظهر الشهود عبيدا او محدودين
في قذف او كفارا فلانه لا اطلاع على حالهم متيسر ولانهم ليسوا
من اهل الشهادة بخلاف الفساق ويأتي الكلام على ادلة المسألة
في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب ه

باب الاولياء والاكفاء قوله

وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها وان لم يعقد عليها
ولا اذن لها فيه بكرا كانت او ثيبا وينعقد لازما عند ابي حنيفة وابي
يوسف في ظاهر الرواية عنه ومثله في الاسبيجابي وعند زفر
وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا على
اجازة الولي وفي الذخيرة والاسبيجابي انما يحتاج الولي في الصغير
والصغيرة والمجنون والمجنونة فاذا زال الصغر والجنون يزول
الولاية عندنا وفي البدائع ولاية الاب والجد وغيرهما من العصبات
على البكر والثيب والبالغة ولاية ندب واستحباب عند ابي
حنيفة وزفر وقول ابي يوسف الاول وعلى قوله الاخر وهو قول محمد
ولاية مشتركة قال في البدائع فان زوجت نفسها من كفو او من غير
كفو جاز نكاحها ويثبت للاولياء الاعتراض عليها في غير الكفو قال
الاسبيجابي هذا بالاتفاق وعند محمد لا يجوز حتى يجيز الولي او الحاكم
ولا يحل وطيها قبل الاجازة ولا يجري فيه التوارث وهو قول ابي يوسف
الاخر في رواية الحسن عنه وعن ابي يوسف انه ينفذ في الكفو
ويثبت فيه سائر الاحكام وعن محمد انه يجوز اذا لم يكن ولي وعنه
انه رجع الى قول ابي حنيفة ذكره في البدائع والينابيع والكتاب وعن
ابي حنيفة انه رجع الى قولهما وهو رواية كتاب الحيل وفي جوامع الفقه
يجوز تزويجها نفسها عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي رواية الحسن
لا يجوز من غير كفو ومثله في المحيط وفي قاضي خان يجوز في ظاهر الرواية
وكان يقول يتوقف على اجازة الولي لو كان او لا ثم رجع وقال يجوز في
الكفو ويتوقف في غيره ثم رجع وقال يجوز فيهما وفي رواية الطحاوي عنه
حتى يجيزه القاضي في الكفو وعن محمد يجوز اذا لم يكن لها ولي وفي رواية
ابي حفص وهذا في دار الحرب لان القاضي ولي في دار الاسلام انتهى
كلامه وبالاول قال علي بن ابي طالب رضي الله عنه وموسى بن عبد الله بن

يزيد والشعبي والزهري وقتادة ذكره ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
وفي المحلى لابن حزم قال صح ذلك عن ابن سيرين والحسن وعطا والقاسم
ابن محمد والاوزاعي وابن جريج واختاره ابن الخطيب في تفسيره وقال ابو
ثور ان زوجها رجل مسلم جاز وقال ابو سليمان داود الظاهري يجوز
في الثيب دون البكر وقال ابن حزم يجوز باذن الولي بكرا كانت او
ثيبا قال وقال بعض المالكية في الدنية كالسوداء والتي اسلمت والفقيرة والنبطية
والمولاة ان زوجها الجار او غيره ممن ليس بولي فهو جائز واما التي
لها موضع فان زوجها غير وليها فرق بينهما فان اجازه الولي او
السلطان جاز وقال امام الحرمين في النهاية والغزالي في البسيط
عن مالك ان الوضيعة تزوج نفسها والشريفة لا ونقلهما عنه غلط
والصواب نقل ابن حزم في المحلى وابن عبد البر في التمهيد ومثله في
القواعد لابن رشد المالكي قال ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك
قول اخر وهو ان اشتراطه سنة وليس بفرض لقولنا وذلك
انه روي عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي فكانه
عنده من شروط الكمال لا الصحة بخلاف عبارة البغداديين
من اصحابه عنه ورد ابو محمد بن حزم مذهبه فقال قال مالك ما تقادم
امرها فلم يفسخ وولدت اولادا لم يفرق بينهما عين الخطا وهل هو حق
او باطل فان كان نكاحا ملبسا لا احد نقضه وان كان باطلا فالباطل
مردود ابدا قال ولا نعلم قول مالك هذا قاله احد قبله ولا بعده الا
من قلده ولا له متعلق بقران ولا سنة ولا برواية صحيحة ولا
باثر ساقط ولا بقول صاحب ولا تابع ولا بمعقول ولا قياس ولا
رأي له وجه وقال الشافعي وابن حنبل واصحابهما لا ينعقد بعبارة
النساء ولا بوكلهن ولا بد من الولي او السلطان يعقد عليها ويروى
ذلك عن بعض الصحابة وغيرهم من التابعين ومن بعدهم قال
ابن رشد المالكي في القواعد سبب اختلافهم انه لم يات اية ولا سنة

هي ظاهرة في اشتراط الوطء في النكاح فضلا عن ان يكون في ذلك نص
بل الايات والسنن جرت العادة بالاحتجاج بها عند من اشترطه
كلها محتملة فمن اظهر ما احتجوا به من الكتاب على اشتراط الولاية
قوله تعالى فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وزعموا
ان هذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا
عن العضل قالوا وهو امتناعهم من تزويجهن وروا عن الحسن
ان معقل بن يسار زوج اخته له فطلقها ثم خطبها بعد عدتها
فابى ان يزوجه فنزلت رواه البخاري وقال الشافعي هي ابين
اية في كتاب الله اذ لو كانت تملك من يزوجها نفسها لم يكن للعضل
معنى وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وقالوا هذا
ايضا خطاب للاولياء وتعلقوا ايضا بعدة احاديث تدل على انه
لا نكاح الا بولي وقد خرج الشيخ شرف الدين عبد المومن
الدمياطي شيخنا الحديث تلك الاحاديث وبين الطعن في بعضها وسكت
عن الطعن في بعضها وهي عن عايشة ام المومنين وعن ابي موسى الاشعري
وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس
وابن عمر وجابر بن عبد الله وابي هريرة وابي امامة وعمران
ابن حصين رضي الله عنهم قلت وعمران بن حصين ليس
له حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وانما هو راو عن ابن مسعود
وهكذا ذكره عند ذكر الاحاديث عن عمران بن حصين عن ابن
مسعود ولم يخرج عن عمران بن حصين حديثا وروى ايضا عن
معاذ بن جبل ولم يذكره الحديث الاول عن عايشة ام المومنين
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة نكحت
بغير اذن وليها فنكاحها باطل قاله ثلاثا فان دخل بها فلها
المهر بما استحل من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا
ولي له رواه ابو داود وقال بغير اذن مولاها وابن ماجة واحمد والترمذي

وقال حديث حسن وعنها ايضا قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا نكاح الا بولي والسلطان ولي من لا ولي له رواه ابن حنبل
وعنها ايضا قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل رواه احمد والدارقطني وعنها ايضا قالت قال عليه
السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل رواه احمد والدارقطني وعنها
ايضا قالت قال عليه السلام لا بد في النكاح من اربعة الولي
والزوج والشاهدين اخرجه الدارقطني والحديث الثاني عن
ابي بردة عن ابيه ابي موسى الاشعري قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه الترمذي وابن حنبل والثالث
مثله عن ابن عباس وروى الاثبات عن ابن عباس قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم البغايا اللاتي ينكحن انفسهن لا يجوز النكاح
الا بولي وشاهدين ومهر قل او كثر والحديث الرابع عن ابن
عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل رواه الدارقطني وعن ابن مسعود رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل رواه الدارقطني وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام
قال لا تزوج المراة المراة ولا تزوج المراة نفسها فان الزانية هي التي
تزوج نفسها رواه ابن ماجة والدارقطني وعن معاذ بن جبل قال
قال عليه السلام ايما امراة زوجت نفسها من غير اذن وليها فهي زانية
قال الصيرفي من الشافعية يجب الحد بوطئها لانه قال عليه السلام
الزانية التي تنكح نفسها قال امام الحرمين هو محمول على الزجر في ظاهر
المذهب لقوله عليه السلام البغايا اللاتي ... وذكر العراقيون في
احد القولين ان القضاء به ينقض لوقوعه في مخالفة النص الذي
لا يقبل التاويل وفي كتبهم ذكروا سبعة مدارك احدها ينفذ عقد
الولي عليها لسكوتها عنده ولو لم يكن له ولاية عليها لم ينفذ بسكوتها

كالاجنبي المدرك الثاني يجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو لم يكن له
ولاية لما وجب ذلك عليه المدرك الثالث قيام بها وصف يقتضي
سلب اهلية الامامة العامة والخاصة وسلب الشهادة
فيها تندرئ بالشبهات وسقوط الجمعة والجماعات فصارت كالرقيق
المدرك الرابع ان ملك النكاح عظيم خطره لاختصاصه بما لا
يستباح بالاباحة وهو سبب بقاء النسل والانوثة محل نقصان العقل
وفرط الشهوة وقلة مونة النظر والمصلحة فلحظ الشرع هذا
المعنى وجعل الولاية فيه الى الرجال لكمال عقلهم والمدرك الخامس
ان الولاية بقي عليها بعد بلوغها في قبض صداقها وفي حق الضم والاسكان
والمدرك السادس ان المراة قاصرة في حق ملك البضع ولهذا لا
تسافر وحدها فوجب ان تمنع من التصرف مخافة ان تضعه في غير
محله المدرك السابع انه محل الانخداع فلا تفوض اليها تحصيل مقاصد
النكاح فلا يفوض اليها اصلا ولنا الكتاب والسنة وضروب
من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن
في انفسهن بالمعروف وهو دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها
مع ان النافي ومن لا يشترط الولاية لا يحتاج الى دليل لان الاصل
براءة الذمة وقد اضيف الفعل اليهن في عدة ايات من كتاب الله فقال
تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقال ان ينكحن ازواجهن وقال تعالى
فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله فنسب
التراجع الى الزوجين من غير ذكر الولي وقال ابو بكر الرازي
العضل المنع والضيق والاية تدل على جواز نكاحها بمباشرتها
من غير اذن الولي من وجوه اولها انه اضاف تعالى العقد اليها
ثانيها نهيه تعالى عن العضل اذا تراضى الزوجان فان قيل
لولا ان الولي يملك منعها عن النكاح لما نهاه عنه كالاجنبي وهذا
قال الشافعي هي ابين اية في كتاب الله اذ لو كانت تتمكن من تزويجها

نفسها لم يكن للعضل معنى قلنا هذا غلط لان النهي يمنع ان يكون للمنهي حق فلا
نهي عنه فكيف يستدل به على اثبات الحق له ولان العضل اسم مشترك
بمعنى العضل المنع وبمعنى الضيق والداء العضال وذلك كله ظاهر
في منعها من الخروج والمراسلة في عقد النكاح والاظهر في الاية ان
الخطاب للازواج لا للاولياء قال الله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن
اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف
وذلك بالحبس وتطويل العدة عليهن لقوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا
لتعتدوا وكانوا يطلقون فيراجعون اذا قرب انقضاء عدتها من غير
حاجة ضرارا وقال الامام فخر الدين بن الخطيب المختار انه
خطاب للازواج لا للاولياء قال وتمسك الشافعي بها ممنوع المختار
ولئن سلمناه لا يجوز ان يكون المراد بالعضل ان يخليها وراية
فيه لان العادة رجوعهن الى الاولياء مع استغنائهن به فلو كان
النهي محمولا عليه وهو منقول عن ابن عباس وايضا ثبوته في
حق الولي ممنوع لانه بمجرد العضل انعزل فلا يبقى لعضله اثر ولكن
ولا يتصور صدور العضل عنه وقد اضاف النكاح اليها اضافة
الفعل الى فاعله والتصرف بشرط ان مباشرته ونهى الولي عن
المنع من النكاح لو كان ذلك فاسدا لما نهى الولي عن منعها وقوله ان
اراد النبي ان يستنكحها والحل واضح مع انه لم يحضر هناك ولي
الشهود ذكرن في تفسير النسفي ولو جاز ان قرابة المراة وليس
فيه التزم من لهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا اعني تولي عقده
من الوجوه ادلة الخطاب الظاهر او النص قاله ابن رشد بل قد
نقلهم منه عند ذلك وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم
بعدما بلغوا وقال الشيخ ابو بكر الرازي في خبر تزوج حديث معقل بن
يسار رجل مجهول فلا يكون حجة عندهم وكذا قوله تعالى ولا تنكحوا
المشركين حتى يؤمنوا وهو خطاب لاولي الامر من المسلمين احرى من

ان يكون خطابا للاولياء وبالجملة فهو مشترك فلا يكون حجة لهم ولانه خطاب
بالوضوء بالمنع وهو بالشرع فيستوي فيه الاولياء لكان محمله لا يصح العقد
به لانه ليس فيه ذكر اصناف الاولياء ولا اصنافهم ولا اقربائهم ولا
جوز تاخير البيان عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف
لنقل نقلا متواترا او مشهورا لانه شرط صحة الانكحة ومعلوم
انه كان بالمدينة من لا ولي لها ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كان يعقد انكحتهن ولا نصب من يعقدها وليس المقصود من الاية
بيان حكم الولاية بل المقصود منها تحريم نكاح المشركات والمشركين
وهذا الظاهر واما السنة فمن وجوه الاول حديث ابن عباس
رضي الله عنه المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام الايم احق
بنفسها من وليها ويروى من ابيها وفي حديث ابن عباس انه عليه
السلام قال البكر يستاذنها ابوها رواه مسلم في صحيحه وهو
امر بصيغة الخبر فكان ابلغ من الامر وعن ابن عباس عن النبي عليه السلام
انه قال ليس للولي مع الثيب امر والبكر يستامرها ابوها في نفسها
اخرجه الدارقطني وروى ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة فقالت
لرسول الله صلى الله عليه وسلم الها خيرا فقال عليه السلام لا نكاح
لك اذهبي فانكحي من شئت وقد زوجها من كفو رواه ابو بكر
ابن ابي شيبة في مصنفه وقد روي ان بكرا اتت رسول الله صلى الله
عليه وسلم رواه ابو داود وابن ماجه وروي ان فتاة جاءت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابي زوجني من ابن
اخيه ليرفع بي خسيسته فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع ابي
ولكن اردت ان تعلم النساء انه ليس الى الاباء من الامر شيء وعن ابن
عباس ان جارية بكرا زوجها ابوها بغير اذنها ففرق رسول
الله صلى الله عليه وسلم بينهما قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف روينا
عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنه فرد نكاحها

رواه الدارقطني وعن عطاء عن جابر ان بكرا زوجها ابوها ولم يستاذن
فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما قال ابن حزم فيه معوية
ابن صالح ثقة مامون ليس هو الاندلسي الحضرمي فانه ضعيف
وفي لفظ اتي بكر قال ابن صاعد وهي بكر بغير امرها وعن
ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر وثيب انكحهما
ابواهما وهما كارهتان قال الدارقطني والصواب عن المهاجر عن عكرمة
مرسل وعن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها
روي من طرق متصلة ومن طرق مرسلة قلت لا يضر ارسال
من ارسل بعد اتصاله بجماعة مع ان المرسل حجة عندنا وبه
قال مالك وابن حنبل وكذا عند الشافعي اذا روي من طريق مرفوعا او
مرسلا من طريق او عمل به بعض الصحابة او جماعة من التابعين
ذكر ذلك كله البيهقي في رسالته عن الشافعي ونص على ذلك النواوي
في شرح المهذب في مواضع وقد وجدت الشروط المذكورة عنه في
هذا الحديث وعن ابي سلمة قال انكح رجل من بني المنذر ابنته وهي
كارهة فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها اخرجه
الدارقطني وعن ابن عمر ان رجلا زوج ابنته بكرا فكرهت
فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها اخرجه الدارقطني
وعن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه عليه السلام قال لا تنكحوهن
الا باذنهن ذكره الدارقطني في سننه وعن علي رضي الله عنه انه
رفعت اليه امراة زوجها خالها وامها فاجاز نكاحها وعن الحكم
قال كان علي اذا رفع اليه رجل تزوج امراة بغير ولي فدخل بها
امضاه فلو كان نكاحا باطلا كما يزعم الشافعي رحمه الله لما امضاه
وعنه انه جاءه رجل فقال تزوجت امراة بغير اذن وليها
فقال ننظر فيما صنعت ان كانت تزوجت كفوا اجزنا ذلك وان كانت
تزوجت من ليس بكفو جعلنا ذلك اليها اخرجه الدارقطني وهذا

يدل على ان للولي ولاية الاعتراض عند عدم الكفاءة قال ابو بكر بن ابي
شيبة في مصنفه واجاز علي رضي الله عنه نكاحا بغير ولي
انكحتها امها برضاها وروى ان امامة بنت ابي العاص بن الربيع بنت
زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبها معاوية بعد قتل
علي رضي الله عنه وكانت تحت علي فدعت المغيرة بن نوفل بن
الحرث بن عبد المطلب فجعلت امرها اليه فانكحها نفسه فغضب
مروان فكتب بذلك الى معوية فكتب معوية دعه اياها ذكره ابن حزم
في المحلى في شرح المحلى وعن ابن جريج انه سال عطاء عن امراة نكحت
بغير اذن وليها وهو حاضر ورضي لكفء تملكه نفسها اذا كانت تشهد
فانه جائز بغير امر الولاة وعن شعبة عن مصعب قال سالت موسى
ابن عبد الله عن تزويج المراة نفسها بغير ولي فقال نعم يجوز ذلك
ابو داود وابو بكر بن ابي شيبه ومن المعقول ان خطاب الشرع
قد توجه اليها بالبلوغ وثبت اهليتها لجميع التكاليف الشرعية فلذا
في بضعها على الوجه الشرعي والبضع حقها دون الولي بدليل ان
بدله دون الولي والبدل انما يكون لمن ملك المبدل في الشرع فصارت
كالصبي اذا بلغ رشيدا فانه لا سبيل للولي عليه في النكاح قالوا
هذا منقوض بالمرتد فانه بالغ رشيد ولا يملك النكاح ولا يصح
نكاحه قلت هذا النقض لا شيء فان المرتد لا يزوجه غيره
وهم يقولون يزوجها الولي ولان المرتد ليس له ملة وهذا الثلثة المعترض
عليها معتمد عليها عندنا والمسلك الثاني انها تملك التصرف في مالها
ولا يملكه اولياؤها فكذا في بضعها بل اولى لان الابضاع ليست باموال
بل هي ملحقة بها متقومة عند الدخول الا انها لا تملك اباحة البضع لان
الزنا محرم فانها كالولي بالاجماع والمسلك الثالث انها كاملة العقل
شرعا وعقلا فلو كان في عقلها نقص او خلل لما شرع في حقها الحدود
لا تندري بالشبهات فوجب حينئذ ان لا يكون لغيرها عليها ولاية على

بالاصل

بالاصل لما في الولاية المعبر على المعبر الا انه يباشر الولي بعد بلوغها
بتفويضها اليه في العرف والعادة كيلا تنسب الى الوقاحة واظهار
الرغبة في الرجال والمسلك الرابع انها تملك الانفراد بالنكاح
فتملك الانشاء لان القاعدة انه لا يملك الاقرار الا من يملك الانشاء
هذا هو الاصل وما خرج عنه فهو على خلاف الاصل قال ابو بكر
ابن العربي عول على هذا علماؤنا اكتنفه من حور وبستان الى ترشيان
ثم رام نقضها فقال تملك الاقرار في الرجعة ولا تملك انشاءها بالقول
قلت ليس كما زعم بل تملك الانفراد بها من حيث انشائها فان اراد
بذلك المراة هي لا تملك الاقرار بها الا بتصديقه اياها فكذا الانشاء
ان قبله الزوج مطلقا قوله في الجواب ثم قال السيد يملك الانشاء
على امته ولا يملك الاقرار وهو نقض العكس مع انه ممنوع واوردوا
على ذلك المكاتبة فانها تملك اختيار الازواج ولا تملك ابدا النكاح
اجاب عنه الكرمسي بانه لا يملك المولى اجابتها ولذا اذا باشر
النكاح فلا فرق واوردوا ان المراة لو اقرت بالنكاح في حالة
العدة يصح ولا تملك الانشاء في تلك الحالة قالوا وكذا مجهولة النسب
لو اقرت بالرق صح ولا يصح انشاء الرق واجاب بان الكلام لا يخلو
اما ان يقر بالنكاح في حالة وجوب العدة او قبل وجوبها فان اقرت
به في حال العدة لا يصح لا اقرار ولا انشاء في تلك الحالة وان اقرت
به قبل وجوب العدة اي تملك انشاءه قبل وجوبها كما تملك الاقرار به
ولانا ننظر الى الاحوال الى نفس الاقرار والانشاء ولا ننظر الى
الاحوال العارضة واما الاقرار بالرق فان الادمي له حالتان حالة
استقرار الحرية فيه وحالة عدم استقرارها ففي حالة استقرار
الحرية فيه لا يملك ارقاق نفسه ولا الاقرار به وفي حالة عدم استقرار
الحرية فيه تملك الاقرار والانشاء فان الحربي لو جعل نفسه
رقيقا للانسان ثم اسلم بقي رقيقا له هكذا ذكره في السير الكبير وكان

الشيخ الامام ابو سهل اذا ورد عليه اسولة من جنس واحد على مثال
واحد يجيب عن واحد ويقول خرج عليه الباقي المسلك الخامس
ان النكاح عقد على منافع بضعها فجاز ان تنفرد كالعقد على منافع
نفسها وصار كالخلع والمسلك السادس ان مضار عقد النكاح
ومنافعه عائدة الى المراة دون الولي لانها هي المحبوسة في منزل
الزوج وهي المستحقة للنفقة والكسوة فوجب ان يكون التزام
تلك المضار والمنافع لمن يختص بها وهي المراة دون الولي كولاية
المال والمسلك السابع ان النبي صلى الله عليه وسلم لما خطب ام
سلمة اعتذرت بغيبة اوليائها فقال عليه السلام ليس احد من
اوليائك حاضر ولا غائب لا يرضى فقالت لابنها يا عمر قم فزوج
رسول الله صلى الله عليه وسلم والنكاح انما كان بعبارة ام سلمة
لان عمر كان صغيرا جدا فقيل كان عمره ثلث سنين فلم يجد الشافعي
لا يرى ابن سعيد في الطبقات وانه كان من باب المراعية مع ولان
الشافعي لا يرى صحة النكاح بولاية الابن ولا بعبارته وقد جعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم صحة نكاحها برضاها اوليائها فدل
على ان المناط رضاهم دون مباشرتهم ودون اذنهم وانا لم نشترط
نحن رضاهم لكن نستدل به على عدم اشتراط مباشرتهم للعقد
والاختصاص طرعا خلافا للاصل والجواب عن الاحاديث التي
تعلقوا بها اما الحديث الاول وهو حديث ام المومنين عائشة رضي
الله عنها الذي حسنه الترمذي وقال يحيى بن معين لا يصح في
هذا الباب الا حديث عائشة هذا وقال ابو الفرج بن الجوزي هذا
حديث صحيح وقد اخرجه ابو عبد الله الحاكم النيسابوري ابن البيع
في المستدرك على الصحيحين لما وافق مذهب امامه قلت هذا
الحديث من رواية سليمان بن موسى الاسدي الفقيه الدمشقي يكنى
ابا ايوب كنا يحيى بن كثير وقيل ابا الربيع مات سنة تسع عشرة

ومائة ذكر ذلك البخاري في تاريخه الكبير وفي الكامل قال عبد الملك بن
جريج والبخاري عنده مناكير وقال ابن عدي يروي احاديث
ينفرد بها لا يرويها غيره وقال علي بن المديني هو مطعون عليه
وقال النسائي في حديثه شي ليس بالقوي وقال ابو حاتم ودحيم
اسمه عبد الرحمن بن ابرهيم في حديثه بعض الاضطراب وذكره
البخاري في الضعفا والمتروكين قال ابن العربي في العارضة
اصحها حديث ابي بردة المذكور وقلت قال يحيى بن معين لا يصح
في هذا شي الا حديث سليمان رواه عنه ابن عدي في الكامل
فبطل تصحيحه قال صلى الله عليه وسلم المضمضة والاستنشاق
من الوضوء الذي لا بد منه من طريق سليمان ولم يعلوا ابو دكين
ابن عدي في كامله ولم يذكر الجرح له هذا الذي ذكرناه وكيف
حسن الترمذي هذا الحديث وعن ابن بنت الحسن وسليمان
ابن موسى عن ابن جريج وعن الزهري وقال ابن جريج سالت الزهري
عن هذا الحديث فلم يعرفه هكذا رواه عنه اسماعيل بن ابرهيم
ابن سهم بن مقسم يعرف بابن علية نسب الى امه قال في الكمال
روى له الجماعة ولم يمسه احد بشي وقال ابن عدي في كتاب
الجرح والتعديل باسناده قال الزهري رضي الله عنه اخاف
ان يكون قد وهم على قال السادكري حدثنا بشر بن المفضل
رحمه الله عن ابن جريج انه سال الزهري رحمه الله عليه فلم يعرفه
عبد الحق ضعف هذا الحديث ضعفه من اجل انكار الزهري
له قلت وفيه امران احدهما ان الزهري لا يشترط الولي
وعندنا اذا عمل الراوي بخلاف روايته لا يبقى حجة والثاني قال
الزهري عن عروة عن عائشة والزهري ثقة مدلس والمدلس
متى قال عن فلان او قال فلان لا يكون حجة قال ابن حزم في المحلى
المدلس اذا لم يقل حدثنا او اخبرنا او سمعته يقوله فهو غير موضوع

انه مسند وقال النووي في شرح المهذب المدلس اذا قال عن فلان لا يكون
حجة ذلك فيه في عدة مواضع وهو معلوم في علوم الحديث وقال مجد الدين
ابو الخطاب بن دحية في علم المشهور المنكر من العلل بالحديث انه فسق الراوي
ولو غفلته واتيانه بالمناكير او يكون مجهول الحال وان عرف اسمه ونسبه
وقال ابن جريج والبخاري وابن عدي ان عنده مناكير ويروي
المناكير وقد اتفق ان رواية المناكير تمنع من قبول الرواية قال
ابن عبد البر في التمهيد روى الثقات عن الزهري ولم يذكروا
انكاره منهم سليمان بن موسى والحجاج بن ارطاة وعبد الله بن
لهيعة قاضي مصر قلت هؤلاء الثلاثة ضعفاء اما الحجاج
ابن ارطاة وعبد الله بن لهيعة فامرهما مكشوف وقد ذكرنا
من تكلم في سليمان بن موسى ولا يليق باي عمران يوثق الضعفا
عليه ولا يجوز ان يعارض هؤلاء اسماعيل بن علية المجمع على عدالته
ولا يقول علي الحسيني الترمذي حديثه بعد هذا وقد حسن
احاديث موضوعة واسانيد واهية من ذلك ما رواه في جامعه
من مسلم بن عمرو الحذاء عن كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في العيدين في الاولى سبعا قبل
القراءة وفي الاخرى خمسا قبل القراءة وقال هذا احسن شيء في
هذا الباب وهو مذهب الشافعي قال ابو الخطاب بل هو اقبح
حديث في ذلك الكتاب لان كثيرا هذا لا يحل الرواية عنه وقال
الشافعي ركن من اركان الكذب وضرب احمد بن حنبل على حديثه
في المسند ولم يحدث به وقال الامام ابو زكريا يحيى بن معين
ليس بشيء وقال النسائي متروك وقال ابو حاتم محمد بن حبان روى
عن ابيه عن جده نسخة موضوعة لا يحل الرواية عنه قال لعل
ان احمد في مسنده احاديث لا يحل الاحتجاج بها وقد نص على هذا
الحديث والعجب من الحاكم استدراكه على البخاري لما علم ما قاله

البخاري وعلي بن المديني والنسائي وغيرهم في سليمان بن يسار موسى
الراوي عن الزهري لهذا الحديث وهل علم الحاكم ان البخاري تكلم في
انسان قال الطعن ثم خرج حديثه في صحيحه حتى يستدرك عليه ذلك
وعن ابن عمر بن الخطاب انه عليه السلام اذا نعس احدكم في مجلسه
يوم الجمعة فليتحول الى غيره رواه ابو داود والترمذي باسناده عن
محمد بن اسحاق قال صاحب المغازي عن نافع عن ابن عمر عن النبي
عليه السلام وقال حديث حسن صحيح وقال الحاكم هو صحيح على شرط
مسلم وانكر البيهقي ذلك على شيخه الحاكم وقال الموقوف اصح وقال
في السنن الكبير لا يثبت رفعه قال النووي وتصحيح الترمذي
والحاكم غير مقبول لان مدار هذا الحديث على ابن اسحق وهو
مدلس معروف به عند اهل الحديث وقد قال في روايته عن
نافع قال وقد اجمعوا على ان المدلس اذا قال عن من لا يحتج بروايته
قال والحاكم متساهل في التصحيح معروف به عند العلماء قلت
حديث محمد بن اسحاق بن يسار عندهم حسن وليس هو من شرط
مسلم لكن ذكره في صحيحه في المتابعات في مسند ابي
بكر البزار عن زمعة عن هشام بن عروة عن عائشة رضي الله
عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث قال ابو بكر لا يروى
بهذا الاسناد الا زمعة بن صالح المكي قال احمد ويحيى والرازي هو
ضعيف وقال علي بن الحسين ضعيف وقال عمرو بن علي فيه ضعف
في الحديث وقال ابن حبان كان نهما ولا يعلم ويخطئ ولا يفهم فغلب في
حديثه المناكير ولم يذكره شرف الدين وقد ذكر عشر من الاحاديث
التي ليس لها صحة ولا تقوم على دخلها قال ابن عبد البر لما عن
ابن جريج انه سال الزهري عنه ابن علية قلت وهذا قاله
الترمذي ايضا وقد ساله بشر بن المفضل ايضا كما ذكرنا هذا
ذكره ابن عدي بالاسناد الذي قدمناه ومن العجب ان الطرطوسي

ذكر في تعليقه ان حديث عائشة في صحيح مسلم ورواه البخاري ايضا
فقال مكان نوليها مولاها وهو الولي قلت لا اصل لنقله عنهما
وقد ادعى الحاكم انه على شرط مسلم ولم يخرجه فلو كان فيه لم
يستدركه عليه وقال البخاري لا يصح في هذا الباب حديث وقال
ابن العربي في العارضة وقد اعترض البخاري ومسلم عن ذلك قال
الحافظ ابو جعفر الطحاوي قد ثبت عن عائشة ما يخالف
هذا الحديث فانها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر
ابن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم قال امثلي يصنع
به هذا ويفتات عليه فكلمت عائشة المنذر فقال المنذر
هذا بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت ارد امرا قضيتيه
فقرت حفصة عنده قال فلما رات عائشة تزويجها جائزا
مستقيما استحال عندنا ان تكون ترى ذلك وقد علمت ما نسب
اليها من رواية الزهري قال ابن حزم في المحلى هذا مشهور
عنها وعارضه بان عائشة انكحت رجلا من بني اخيها جارية
من بني اخيها فضربت بينهم بستر احتى اذا لم يبق الا النكاح
امرت رجلا فانكح ثم قالت ليس الى النساء النكاح قال فصح يقينا
بهذا رجوعها عن القول الاول قال لكتاب داود بن باب شاذ هذا
قلت ما اجهله بالفقه واصوله وهل يقول احد في العالم
ان كتاب ابن باب شاذ يفيد اليقين والعلم الضروري مع انه
لا يعرف صحة سنده فلا يعرف من روى هذا لداود بن باب شاذ
وخبر الواحد ما لم تساويه لا يفيد يقينا فما ظنك بكتابه ثم ان في طريقه
ابا جعفر الطحاوي والصحيح عنه خلاف هذا فكيف يعارض الصحيح
المشهور بما لا اصل له وفي بقية طرق حديث عائشة يزيد بن سنان
ابو فروة الرهاوي قال احمد وعلي والدارقطني هو ضعيف وقال يحيى
ليس بشيء وقال النسائي والازدي متروك الحديث وفيها نوح بن دراج القاضي

قال يحيى ليس بثقة ولا يدري ما الحديث وقال النسائي متروك الحديث
وفيها عبد الله بن حكيم ابو بكر الداهري البصري يروي عن
هشام بن عروة قال يحيى وعلي واحمد ليس بشيء ولا يكتب حديثه
وضعفه الدارقطني معروفه ولا يستحي ان يروي عن محمد عن
ابيه يروي يزيد بن سنان مع علمه بضعفهما وفي طريق حديثها السادس
ابو الحصين وهو مجهول كما ذكر وعطاء بن عجلان قال يحيى العطار قال
الترمذي ذاهب الحديث وابو مالك الاشجعي ضعفه مسلم كما ذكروا واما
حديث ابي موسى فرواه ابو اسحق السبيعي عن ابي بردة وقطعه شعبة
وسفيان الثوري قال الحافظ ابو جعفر وهما احفظ واثبت من جميع
من رواه عن ابي اسحاق وقول الترمذي وقد ذكر بعض اصحاب سفيان
عن ابي موسى ولا يصح اولى من قول غيره وهو احرى ولا يلزم من عدالة
عبد الرزاق وجعفر بن عون صحته لاحتمال ان يكون هناك علة قد
عرفها الترمذي وحكم بعدم صحته وخفي على غيره لا سيما وقد قال
يحيى بن معين لا يصح غير حديث عائشة الذي يرويه سليمان بن موسى
ولان ابا اسحق السبيعي مدلس وقد قال عن ابي بردة ولا يكون حجة على ما تقدم
واما حديث ابن عباس ففيه عبد الله بن عثمان بن خثيم لا يحتج به
قال ابو الفرج ومؤمل بن اسماعيل كثير خطاؤه انه غريب موقوف وفيه
عدي بن الفضل مجهول وفي طريقه الاخر حجاج بن ارطاة ابو ارطاة
النخعي يروي عن عطاء وعمرو بن دينار قال يحيى ضعيف وقال ابو حاتم
يدلس عن الضعفاء وقال الدارقطني لا يحتج به وقال احمد بن يزيد في له احاديث
ويروي عمن لم يلقه لا يحتج به وكان زائدة يأمر بترك حديثه وكذا ابن
المبارك ويحيى القطان وابن مهدي وفي حديث ابن عمر ثابت بن زهير
قال ابو حاتم منكر الحديث وضعفه ابن عدي وابن حبان وقال ابو داود
هو موقوف على ابن عمر وفي حديث ابن مسعود بكر بن بكار قال يحيى بن
معين ليس بشيء ولم يتعرض له المخرج عن عبد الله بن محرز وتكلم فيه

بالضعف وفي حديث أبي هريرة محمد بن الحسن الجهضمي ومسلم بن رياح
مسلم لا يعرفان وعن أبي هريرة قال لا تزوج المرأة نفسها والزانية التي
تنكح نفسها والزانية هي التي تزوج نفسها بغير إذن وليها وعنه كان
يقال الزانية التي تنكح نفسها ذكره ابن حزم وفي حديث معاذ نوح
ابن أبي مريم أبو عصمة ضعفه الدارقطني وابن معين وفي حديث جابر
بقية بن الوليد أبو محمد الحمصي وكان مدلسا قال أبو مسهر أحاديث
بقية غير نقية فكن منها على تقية ويروي عن قوم مجهولين متروكين
لا يحتج به وفي حديث علي رضي الله عنه أصرم بن غياث أبو القاسم
الخراساني ليس بثقة ولا يساوي شيئا قاله ابن معين وقال النسائي
متروك الحديث وقال ابن عدي هو بين الضعف وقبله عمر بن صبح
التميمي أبو نعيم قال أنا الذي وضعت خطبة النبي عليه السلام
وكان يضع الحديث ولم يتكلم عليهما وفي حديث ابن أبي أمامة واسمه
أسعد بن سهل بن حنيف ولد في حياة النبي عليه السلام حميد بن
صهبان السلمي المدني قال يحيى لا يساوي فلسا وقال الرازي والنسائي
والأزدي والدارقطني متروك ولم يقبل شرف الدين المحتج له إلا بإسناده
وفي الجملة فقد ضعف البخاري هذه الأحاديث وقال يحيى بن
معين وإسحق بن إبراهيم المعروف بابن راهويه [illegible]
ثلاثة أحاديث لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها لا نكاح
إلا بولي وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها ما أسكر كثيره فقليله
حرام رواه عنهما ابن عون المرتضى وشمس الدين سبط ابن الجوزي
فإن قيل قال الطرطوسي في تعليقه وروى مكان الزهري عن
عروة عن عائشة عن هشام وأبو حفص والأعرج قال وروى مكان
ابن علية بلغون نفسا سفين ويحيى بن سعيد وابن المبارك وروى مكان
سليمان خمسة عشر نفسا ابن أبي ذئب ومحمد بن إسحاق قلت قد
ذكرت الذي روى عن هشام عن عروة عن عائشة وهو زمعة وذكرت

من ضعفه وما عداه ليس له سند ولا يكون حجة لو كان كما ذكره وقد
نسب إلى البخاري ومسلم ما لم يقولاه فإن قيل قال عطاء سليمان بن موسى
سيد شباب أهل الشام وهذا أوثق منه قلت وقد قال هو وابن
حنبل الحجاج بن أرطاة سيد شباب أهل [illegible] العراق ولا يدل ذلك
على ثبوت حديثهما بل يدل على فضلهما وقد ذكرت الطعن في حجاج بن أرطاة
وقال يحيى بن أكثم قاضي القضاة سألت الزهري عن هذا فقال هو
صحيح يرويه سليمان بن موسى قلت لا يحتج بيحيى بن أكثم قال
الأزدي يتكلمون فيه ويروي عن الثقات عجائب ذكره ابن الجوزي
في المتروكين والجواب عن دليلهم الأول أن سكوتها إذن
منها بجعل الشارع ذلك إذنا منها فلم ينفذ إلا بإذنها كوكيلها وعن
الثاني وهو قولهم يجب عليه الإنكاح عند طلبها قلنا هذا
ممنوع بل هي بإذن لمن تزوجها أو باشر بنفسها وليس العضل
بالتفسير الذي ذكروه بل ذلك راجع إلى المطلقين لأن جواب
الشرط يجب أن يرجع إلى من خوطب بالشرط وهم المطلقون في قوله
تعالى وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن والأولياء
لم يجر لهم ذكر ويلزم من صرف الجزاء عن الشرط محذوران أحدهما
إخلاء الشرط عن الجزاء والثاني عدم الإلمام بعود الضمير إلى
غير الأولين والعضل من الأزواج يقع من وجوه أحدها ما تقدم
ثانيها أن يجلس المطلق في المشاهد والمحافل والمجامع فيصفها بالمخلة
وقلة الحياء والدين واتباع الرجال وسوء العشرة وغيرها بما ينفر
هذا الناس عنها وثالثها حبسها ومنعها من الخروج من منزله
والتضييق عليها لأن العضل هو الضيق على ما تقدم وعن الثالث
وهو قولهم قام بها صفة نقص سلب عنها أهلية الإمامة العامة
والخاصة والشهادة فيما يندرئ بالشبهات ووجوب الجمعة واستحباب
الجماعات فصارت كالرقيق وثبوت الشطير في الشهادة أن هذا

قياس بسيه باطل ويلزم من ذلك الحاقها بالجاهل ثم جميعها من حقها الثابت
لها بالنصوص على ما ذكرناه والنكاح ليس من الحدود ولا مما يندرئ
بالشبهات وانما سقطت الجمعة والجماعات عنها للفتنة وقولهم
مبطل بالمسافر ولا تسلب عنه الولاية ولا يوصف بسببه
بالنقص ولو سلم لهم دعوى النقص لا يوجب ذلك نقل الولاية
الى غيرها لاجل النقص اذ لو منع النقص من ذلك لما جاز لاحد
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تزويج موليته لاجل النقص
بالنسبة الى النبي صلى الله عليه وسلم في النكاح والنبي اولى بالمؤمنين
من انفسهم وهذا لا يقول به احد وتشطير الشهادة لمكان الضلال
والنسيان لا ان المراد به حقيقة النقص في عقلهن ولعل كثيرا
من النساء اعقل من كثير من الرجال ولم يعتبر الشرع نقص عقولهن
حتى اوجب عليهن ما يندرئ بالشبهات كالحدود ونحوها ولان الكمال
في عقلهن فاذا باشرن عقود الانكحة بانفسهن وراها الاولياء
مصلحة ينبغي لهم ان يجيزوها كالمراهق واذا باع واشترى وراه الولي
مصلحة اجازه وهو لازم على قول احمد بن حنبل ولم يقولوا به وعن
الرابع وهو قولهم ان ملك النكاح ملك حظ وعظم قدر لاختصاصه
بما لا يستباح بالاباحة وهو سبب النسل والانوثة محل
العجز ونقص العقل وفرط الشهوة وقلة معرفة الحظ والمصلحة
فلحظ الشرع هذا المعنى وجعل الولاية فيه الى الرجال قلنا
هذا كله خبط وتهويل بما لا طائل تحته وذلك كله ممنوع وهو
باطل بالصبي البالغ الذي لم يجرب الامور فانه تزوج عندهم
بنفسه التي جربت الامور ولا رشد الرجال وقد تزوجت مائة
مرة وعرفت المصالح من المفاسد وعن الخامس وهو قولهم ان
الولاية تبقى عليها بعد بلوغها في قبض صداقها وفي الضم والاسكان
قلنا قبض صداقها ممنوع لا يقبضه الاب مع نهيها والضم

والاسكان لخوف الفتنة عليها وعن السادس وهو قولهم ان المراة
قاصرة في البضع ولهذا لا تسافر وحدها فوجب ان تمنع منه
مخافة وضعه في غير محله وهو غير الكفو قلنا ابطل قولكم
بسفر الحج فانها تسافر من غير محرم ولا زوج عند مالك والشافعي
ولو وضعت في غير كفو نفسخه الولي عندنا اذا شاء وكان للولي
عند الشافعي اذا زوجها من غير كفو الا انه لم ينفذ عليه واجاب
ابو بكر بن العربي عن اضافة النكاح اليهن في الآيات بان ذلك
باذن الولي وهو فاسد من وجهين احدهما ان اذن الولي غير مذكور
في الآيات ولا مراد في الكتاب العزيز والوجه الثاني انهم
لا يقولون به فكيف يقدرون لتصحيح ما بطل عندهم وفرقوا
بين المال والبضع فقالوا المراة مجبولة على الشح والضبط في المال
فلا اعتراض عليها في المال لانه خالص حقها بخلاف البضع قلنا
ولا اعتراض عليها في البضع عندنا ولا يثبت في الشرع منعها
وانما الاعتراض عليها اذا زوجت نفسها من غير كفو لخوف العار
والشين بالولي حتى لو رضي وتركه لزم النكاح وقولهم ولهذا
الاعتراض عليها في المال ممنوع لانهم يحجرون عليها في مالها
ولا ينفذون تصرفها اذا كانت مبذرة ونظرها وضبطها وشحها
في النكاح اتم لانه وظيفة العمر ومكان التوالد والتناسل
وهو مقصود لمجاله والاموال وسائل ولهذا لا يقع النكاح
بغتة بل يتقدمه خطبة ومراسلة ومقدمات قبل العقد ولا
يقع الاعلاغ فيه بخلاف التصرف في المال فانه يقع بغتة من
غير سابقة مقدمة فاذا صح منها ما لا يتقدمه تروّ ونظر دل
على استكمال عقلها فما يتقدمه النظر والروية اولى بالصحة
وسلبهم عبارتها في المباشرة لعقد نكاحها ومنع تفويضها امرها
الى غير الولي دعوى بغير دليل وتحكم بغير مستند فان الاحاديث

والآثار التي قدمناها كلها تدل على اعتبار صحة عبارتها وصحة تفويض
أمرها في ذلك وليس فيما ذكروه سلب ولايتها ولا سلب
عبارتها بل يدل على صحة مباشرتها إذا حضر الولي والعشيرة
ورضوا بمباشرتها وقولهم علة سلب ولايتها الأنوثة وهي دائمة
وهذا أصل عندهم لكن لا يشهد له كتاب ولا سنة ثابتة ثم
ادعوا المضايقة علينا وقالوا إذا كان لها أخ شقيق وابن
أخ لأب فإن المباشر لعقدها ابن الأخ مع نزوله عن الأخ قالوا
وهذا ظاهر جدا في تأثير الأنوثة في المنع قلت هذا باطل
وبيانه أنه لا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة ففي الأول يزوجها
أحد عندكم وإن لزمتمونا قلنا المتوحد العصبة للنص
وإن كانت بالغة فلا يزوجها واحد منهما عندنا فلا إلزام وقالوا
المكاتبة تملك التصرف في المال دون النكاح قلنا لا نسلم
بل تملك تزويج أمتها وسيعها ولا فرق والمكاتب لا يملك إلا ما كان من
باب الاكتساب الموصل إلى حريته بواسطة أداء بدل الكتابة
ولهذا لا يملك التبرع بالمال ولا إعتاق عبده على مال وإن رضي
المكاتب بخلاف المرأة وقالوا تعلق بالبضع حق الولي بدليل الاعتراض
عليها في حق غير الكفو قلنا تفرض المسألة في الكفو ولا حق له
فيه والاعتراض لم يكن لأجل حقهم بل لتعدي لحوق العار والعسر
ولو كان له حق لما انعقد النكاح كما لو باع عبدا مشتركا ألا
ترى أن من أعتق عبدا مشتركا أي أعتق نصيبه منه يجب عليه
ضمان نصيب شريكه وإن كان ذلك خالص حقه لتعدي الضرر
وكذا في غير الكفو فلم يكن إلزامهم صحيحا وفي المغني إن لم يوجد
للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد أنه يزوجها رجل عدل بإذنها
وما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكحوا النساء
إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء قال أبو عمر بن عبد البر هذا

ضعيف لا أصل له ولا يحتج به وفي البدائع لو قالت امرأة للقاضي ليس
لي ولي وأريد أن أتزوج فالقاضي يأذن لها فيه كالولي يأذن لها
فيه وحكى إمام الحرمين في النهاية عن العراقيين قولا أن
القضاء بصحة مباشرة المرأة لعقد النكاح ينقض لوقوعه
على مخالفة النص الذي لا يقبل التأويل قلت هذا قول لا
حاصل تحته ولا أصل له وقوله على مخالفة النص الذي لا يقبل
التأويل تعصب محض وقد ذكرنا أنه لا شيء فيه يعول عليه
حتى يكون نصا أو نصا لا يقبل التأويل ومن له معرفة لا يقول
هذا الكلام ومن قول أبي هريرة وليس قوله حجة عندهم
وإجماع المسلمين أن تزويجها نفسها بغير إذن وليها ليس بزنى
والوطء فيه غير مذكور في الحديث ولو وطئ فيه فهو أيضا ليس
بزنا بلا خلاف يعتد به حتى وجب فيه المهر بما رووا من حديث
عائشة الذي ذكروه وإن لم يصح ولها المهر بما استحل من فرجها
ولو كان زنى لما استحله لكفر ويجب عليها العدة ويثبت به النسب
والأحاديث التي ذكروها مع عدم صحتها تقتضي صحة تزويجها
نفسها بإذن وليها ولم يعلموا بها وقال الغزالي في البسيط خالف
أبو حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام لا نكاح إلا
بولي مرشد وشاهدي عدل من أربعة أوجه أحدها أنه
ترك الولي المرشد وهو الرشد وترك شاهدي عدل قلت قد
بينا أن هذا الحديث ضعيف لا يجوز الاحتجاج به وهم قد خالفوه
كما خالفه غيرهم من ثلاثة أوجه أحدها أنهم لم يشترطوا الرشد
في الولي على أن الرشد هو العدالة عندهم والعدالة ليست
بشرط في الولي على المذهب عندهم وثانيها مخالفتهم في عدالة
الشاهدين التي هي في حديثهم فإنه ينعقد عندهم بالمستور وثالثها
أن الحديث يدل على صحة النكاح عند وجود ولي مرشد وشاهدي

عدل اذا باشرت العقد بحضورهم ورضاهم به لتحقق الولي المرشد
والشاهدين العدلين ولا يقولون به لانه شك
لانه عن خلق وثاني مثله عار عليك اذا فعلت عظيم
وفي المعنى حقيقة العداله غير معتبرة بل تنعقد بالمستور من عند
الحنابلة لان الانكحة تقع في القرى والبادية وبين العوام ممن لا
يعرف حقيقة العداله فاعتبر فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد
هو الصحيح وفي عداله الولي روايتان عن احمد وظاهر كلام الخرقي
ان العداله ليست شرطا وهو قول مالك واحد قولي الشافعي وفي
الفاسقين روايتان عن احمد وقال ابن قدامة في المغني في مباشرة
المراة نكاحها بغير اذن الولي هذا عقد لا يثبت فيه احكامه
من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح
المعتدة قلت يثبت فيه جميع هذه الاحكام عند مجوزي
هذا العقد ونقله غلط وانما ذلك في نكاح المتعة قالا اجماع
قوله ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح يريد
به ان لا يزوجها بغير رضاها فان فعل ذلك فالنكاح موقوف على
اجازتها عندنا وان ردته بطل وان سكتت عند الاستيذان ولها
هنا فهو اذنها وهو قول الاوزاعي والشعبي وطاووس ذكره ذلك ابي بكر
ابن ابي شيبه في مصنفه والحسن بن محمد وابي عبيد والظاهرية
والثوري وابو ثور واحدى الروايتين عن ابن حنبل واختيار ابن
المنذر وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الثيب
حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا وكيف اذنها يا رسول
الله قال ان تسكت وهو في صحيح مسلم وقال ابن قدامة متفق عليه
قلت لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قولا عاما لا تنكح البكر
حتى تستاذن وكل من تعمد على خلاف شرع رسول الله صلى الله
عليه وسلم فهو باطل لانه الحجة على الخلق وليس لاحد ان يستثني من

السنة الا بسنة مثلها فلما ثبت ان ابا بكر الصديق زوج عايشه
من النبي عليه السلام وهي صغيرة لا امر لها في نفسها كان ذلك مستثنى
منه وقال عليه السلام البكر يستامرها ابوها ذكره في المنتقى لابن تيميه
قال رواه مسلم واحمد وابو داود والنسائي وعن ابي هريرة رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستامر ولا البكر
حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت رواه
جماعة والمراد بالخبر النهي وهو ابلغ وعن عايشه رضي الله عنها
قلت ان البكر تستامر فتستحيي قال اذنها صماتها متفق
عليه وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه احمد وابو داود وابن ماجه والدار
قطني وقال ابن الجوزي روى شعبة والجماعة عن مالك والبكر
تستامر وشعبة حافظ متقن وقال ابو سليمان الامر لا يكون
الا بالنطق هذا حكم الثيب والاستيذان طلب الاذن ويحصل
بالسكوت رام بها الفرق بين الثيب والبكر وهو باطل بقوله صلى الله
عليه وسلم البالغة البكر تستامر اي تطلب امرها كما ذكر ولا يشترط
فيه النطق وقال الائمة الثلاثة استيذان البكر البالغ مستحب
والاب والجد اكراهها على النكاح وتزويجها بغير اذنها وعند
الحسن البصري الاب يجبر البنت ايضا وعن ابرهيم ان كانت المراة
في عيال ابيها لم يستامرها وان كانت في عيال غيره استامرها
وقال عطا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خطب احد من بناته
جلس الى جنب خدرها فقال ان فلانا يخطب فلانة فان سكتت زوجها
وان طعنت بيدها لم يزوجها وهو المشرع ولو كان له اكراهها على
النكاح لم يفعل ذلك تعليما للجواز وكان عثمان بن عفان اذا اراد ان
يزوج احدا من بناته قعد الى خدرها فقال ان فلانا يذكرك والمراد فيهما

البكر ذكره ابو بكر بن ابي شيبة ثم اتفقوا على ان غير الاب والجد لا يجبر
البكر البالغ على النكاح واختلفوا في الجد فقال مالك وابن حنبل
لا يجبرها وقال الشافعي يجبرها تعلقوا في ذلك بمفهوم قوله عليه السلام
الثيب احق بنفسها من وليها فقالوا هذا يدل على ان البكر بخلافها فيحمل
استئذانها واستئمارها على الاستحباب والجواب ان صيغ
الخبر في النفي يدل على النهي وهو يدل على التحريم وعدم المشروعية
عندهم وفي الاثبات يدل على الامر وهو للوجوب دون الاستحباب
وقد ذكرنا ذلك في الاحاديث الثابتة ولا يلتفت الى ما قالوا
والانفصال عن المفهوم من ثلاثة اوجه احدها انه ليس بحجة عندنا
ولا يلزمنا اذ تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه عندنا وهو
المختار عند الاصوليين والوجه الثاني ان المنطوق اقوى
من المفهوم بلا خلاف ولا يجوز ترك القوي والعمل بالضعيف والوجه
الثالث ان المفهوم هنا حجة عليهم لا لهم بيانه ان البكر لا تكون
احق بنفسها من وليها ويحتمل عدم الاحقية لو قلنا بالمفهوم امران
مساواتها لوليها ورجحان وليها عليها وايهما ثبت دل ان لها في
نفسها حقا فلا يجوز للولي ابطال هذا الحق بتزويجها بغير
اذنها بالاكراه عليه فصار كالاخ والعم وابن العم وسائر العصبات
ولانهم اذا لم يعملوا بالمفهوم الا في ولي واحد او وليين عند الشافعي
واخرجوا من مفهوم الحديث سائر الاولياء وخصصوا المفهوم
وقال ابن رشد في القواعد عموم الولي من مفهوم الخطاب
بلا خلاف لانه في حديث مسلم البكر يستأمرها ابوها
نص في موضع الخلاف انتهى كلامه قال وفي البكر المعنسة لمالك
قولان وفي المبسوط الشافعي لم يستعمل الاستئذان اصلا فانه
لا يعتبر الاذن في حق الاب والجد وفي حق غيرهما يعتبر النطق
قلت يكتفى في حق غيرهما بالسكوت قال الرافعي والنواوي

هو الاصح ونقل اصحابنا انها تعين له الزوج بالاجماع قلت ولو
عينت كفوا واراد الاب غيره فله ذلك في الاصح ذكره النواوي وقولهم
البكر جاهلة بامر النكاح لانها لم تمارس الرجال ولم تجرب
الامور ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها بخلاف الثيب
قلنا هذا باطل بالبكر التي زوجت مرارا او مارست الرجال
ومرت عليها التجارب مع بقاء بكارتها وبالثيب التي زوجت بالمراهق
فازال بكارتها ثم مات عنها او زالت بالزنا من غير صحبة الرجال
عند الشافعي والحكم ينتفي بانتفاء علته وقد قلتم ان هذه
البكر التي مارست الرجال يكتفى بسكوتها والثيب التي
لم تمارس الرجال يشترط نطقها في التزويج وبطل قول المالكية
بالثيب الصغيرة فانها تزوج عندكم من غير نطق ولا بكارة
فالتعليل بالصغر هو الذي يعم والعلة القاصرة والمخصوصة
مختلف فيها وفي المغني يجوز تزويج البكر الصغيرة بلا خلاف
وقال ابن المنذر في الاشراف اجمع كل من نحفظ عنه من اهل
العلم على جواز تزويجها من الكفو قلت فيه خلاف عثمان
البتي وابن شبرمة انه لا يجوز للاب تزويج الصغير والصغيرة
قبل بلوغهما ذكره في البدائع وفي المبسوط وحكى خلاف ابن شبرمة
وحده ومثله في المحلى وعند الظاهرية لا يجوز لاحد تزويج
الصغير ولا الصغيرة حتى يبلغا ويدل على جواز تزويج الصغير
والصغيرة قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان
ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن كذلك معناه فعدتهن
ثلاثة اشهر يتناول الصغيرة والتي بلغت بالسن ولم تحض ولا يكون
ذلك الا من طلاق في نكاح صحيح وجوزنا المهر في النكاح الفاسد
ايضا وقالت عائشة رضي الله عنها تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم
وانا ابنة ست سنين وبنى بي وانا ابنة تسع متفق عليه وروي عنها

انها قالت تزوجني وانا ابنة سبع رواه مسلم واحمد ولفظه تزوجها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي بنت سبع وزفت اليه وهي بنت
تسع سنين ذكره ابن تيمية في المنتقى وفي التمهيد بنى بها وهي بنت تسع
سنين ذكرنا او عشر وروى تزوجها وهي ابنة عشر سنين وهو
محمول على السنها وزوج علي عمر ابنته ام كلثوم وهي صغيرة رضي الله
عنهم وفي البدايع زاد وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهي صغيرة عروة
ابن الزبير وقال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم قال ابو بكر بن العربي
والايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا بالغا كانت او غير بالغ
ذكره في العارضة ونص محمد بن الحسن الفقيه وصاحب كتاب العين
ان الايم النساء التي لا زوج لها وقال الكرخي وابو القاسم الصفار
البلخي ايم الذكر والانثى والبكر والثيب بشرط ان لا يكون لها بعل
ولا له زوجة والجوهري لم يذكر غير هذا وقال ابن فارس هي المراة
التي لا بعل لها وفي البدايع هي للانثى التي لا زوج لها ويؤيد هذا ما
ذكره في مجمع الغرائب في الحديث طول ايمة احداكن فمل اراد نعاها
بكرا في بيت ابيها بلا زوج وقال زكي الدين عبد العظيم الايم بالفتح
الهمزة وكسر الياء المشددة وهي فيعل كسيد وميت وهي التي لا
زوج لها عنها او طلقها ويقال ذلك في الرجال ايضا اذا لم يكن لهم نسا
واكثر ما يستعمل في النسا وهذا لم يدخلها الها على الاكثر قلت
وحكى ابو عبيدة ايمة وقد يستعمل في البكر التي لا زوج لها وقال الكرخي
يقال للرجل ايم اذا لم يكن له امراة كما يقال له عزب اذا دخل بامراته
ذكره زكي الدين عبد العظيم في مختصر سنن ابي داود وقال القاضي
اسماعيل وابن شعبان الايم في الحديث من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا
وانما ذكروا البكر بعدها لتعلم صفة اذنها وفي المحلى اذا بلغت
البكر والثيب لم يجز للاب ولا لغيره ان يزوجها الا باذنها
فان وقع فهو مفسوخ ابدا وقول مالك ان البكر اذا نقيت مع زوجها سنة

وشهدت المشاهد معه ولم يطاها لا يزوجها ابوها الا باذنها وفيما
دون السنة يزوجها بغير اذنها في غاية الفساد ولا يعلم لمن اجاز
تزويج البكر البالغة بغير اذنها متعلقا اصلا انتهى كلام ابن حزم وفي
التمهيد اذا تزوجت المراة بغير اذن وليها قال مالك يستحب ان لا يقام
على ذلك النكاح حتى يبتدا بينهما عقد جديد ولم يحقق فيه قال
اسماعيل بن اسحاق القاضي والذي يشبه عندي على مذهب مالك انهما
يتوارثان ويلحقه طلاق وهو قول الليث بن سعد وقوله واذا استاذنها
مسلما او ضحكت فقد رضيت وهو قول الايمة الثلاثة والاصح من
قولي الشافعي في غير الاب والجد ذكره الرافعي في المحرر والنواوي
في المنهاج وقد ذكرنا الاحاديث الصحيحة في ذلك والضحك لانه
نص فانه علامة السرور والفرح بما سمعته فهو دال على الرضى
من السكوت بخلاف ما اذا بكت فانه دليل السخط وليس تزوجني
لو رضيت بعد نعقد العقد وانه لما رضي قالت رضيت لا
يصح للرد وقيل اذا ضحكت كالمستهزية بما سمعته لا يكون رضا
وان بكت بالصوت لم يكن ردا وفي المبسوط وقيل هذا اذا كان لبكاها
صوت كالعويل اما اذا خرج الدمع من عينيها من غير صوت البكا
لم يكن ردا لان ذلك حزن على مفارقة ابويها وبيتهما وعليه الفتوى ولذا
الضحك كالمستهزية لما سمعته لا يكون رضا وهو معروف بين الناس
وفي المرغيناني والحاوي ان السكوت كان دمعها باردا يكون رضى وان
كان حارا لا يكون رضى وقال في الحاوي يقال اقر الله عينك وتراد به
السرور كانه من القر الذي هو البرد ويقال بكى بكاء ردا والبكا بالدمع
الحار من الغم قال سخن الله عينك لها وليها ان فلانا يخطبك فقالت
لا تزوجني منه لا اريده فزوجها منه فبلغت فسكتت ثم ردت نكاحها
وانها انكرت قولها لا اريده لم يجز وفي الحاوي سئل ابن المبارك عن بكر
بلغها النكاح فاخذها السعال والعطاس فلما سكن ذلك عنها قالت

لا رضى جاز ردها وكذا لو اخذ احد فمها وهي في البنا سوا استيذان
البكر البالغ على وجهين الاول ان يستاذنها قبل العقد والثاني
ان يستاذنها بعده والسكوت منها رضى في الوجهين اذا كان المزوج
هو الولي الاقرب او وكيله او رسوله بخلاف الولي الابعد والاجنبي
وذكر الكرخي ان سكوتها عند استيمار الاجنبي رضى لانها تستحي
من الاجنبي اكثر ذكره في المبسوط وقاضي خان وقال الاول اصح وفي
قنية المنية قال الاب للبكر البالغ ان فلانا يذكرك بمهر كذا فزوجت
من نكاحها امرين وهي ساكتة فزوجها جاز وقال شرف الائمة
استيمار الوكيل كالاب كما تقدم وقيل ليس برضى وعنه ان علمت
وقت العوض انه وكيل الاب فهو رضى ولو استامر البكر فسكتت
فوكل من زوجها جاز ان كانت علمت بالزوج والمهر ولو زوج الولي
البكر البالغ بحضرتها ولم يستامرها فسكتت ففيه اختلاف
المشايخ والاصح انه رضى ذكره عن نور الائمة وفي فتاوى
برهان الدين هو رضى ولو زوجها بالسكوت او بالاذن فوقعت
الفرقة قبل الزفاف فليس له ان يزوجها بذلك لانتهائه بالعقد
وسكوت البكر البالغة المعتقة عند استيذان مولاها رضى
وفي البدايع لو سمى لها رجلا فقالت له غيره اولى منه لانه يكون
اذنا ولو قالت بعد العقد كان غيره اولى اذنا ولو قال لها اريد ان
ازوجك من رجل فسكتت لا يكون رضى هكذا روي عن محمد لعدم
العلم به وفي الحاوي سيل ابو نصر عن الرجل قال للبنت زوجتك
من رجل فسكتت فهو رضى ولا خيار لها وان قال ازوجك من
رجل فسكتت لم يكن رضى وفرق بين الماضي والمستقبل وعن
ابي القاسم الصفار في الفصلين لصاحب الحاوي في الفتاوى
وبه ياخذ وهو الذي يوافق ما تقدم من البدايع والثنا سوا قال
من فلان او فلان وذكر جماعة فسكتت كان رضى بتزويجها من ايهم شا

وان قال

الثاني عشر

وان قال من جيراني او من بني عمي فسكتت ان كانوا يحصون جاز ويكون
رضى والا لم يكن رضى وفي قاضي خان لم يكن رضى لانه لم تقع به المعرفة
قال الزوج فيقع مجهولا ولا يجوز وفي جوامع الفقه لو قالت لا حاجة
لي في النكاح او قالت تشتغل الكلام او ليك فهو رد وكذا لا ارضى
او لا اجيز وانا كارهة قالت لا يعجبني او لا اريد الازواج فليس برد
حتى لو رضيت بعد ذلك صح وان قالت لا اريد فلانا فهو رد ولو قالت
لا ارضى ثم قالت رضيت موصولا جاز وان فصلت بطل ولو قالت ذلك
اليك فهو رضى ويشترط تسمية الزوج على وجه يقع به معرفتها
لها ليظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه واختلفوا في تسمية
المهر لها مع تسمية الزوج فقال في فتاوى الفقيه يشترط ذكر
الزوج والمهر لها وهذا عن شرف الائمة وفي البدايع قال ذكر في
الفتاوى اذا لم يذكر المهر لا يكون سكوتها رضى لتوقفه تسمية
المهر في النكاح بلفظ الهبة ليست بشرط لان الواجب فيه
مهر المثل وفي المبسوط وفي الكتاب لم يشترط ذكر الصداق
ومنهم من قال لا بد من ذكر الصداق لها في الاستيمار وفي الحواشي
الصحيح ان ذكر المهر ليس بشرط في الاستيمار لانه ليس بشرط
لصحة النكاح قال والصحيح ان المزوج اذا كان ابا او جدا اما
الاب فذكر الزوج يكفي لانه لا ينقص من المهر الا لغرض يعرف
المهر وصاحب الكتاب لم يشترط ذكره قال هو الصحيح من
غير تفصيل ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو رضى واجازة
كالابتدا وفي المبسوط كان محمد بن مقاتل الرازي يقول اذا بلغها
النكاح فسكتت لا يكون اجازة منها لان السكوت ليس باجازة
والحاجة هنا الى الاجازة بخلاف سكوتها قبل العقد لان ذلك
بالنص وفي البدايع عن ابي يوسف في بكارتها روايتان احداهما
يكون اجازة وفي الثانية يكون ردا وبها قال محمد وجه الاول انه

بخلاف الحزن والفرح فبطل بجهالة ساكته وهو رضى ووجه الثانيه
انه ظاهر في الرد ولو زوجها وليان فاجازتهما معا بطلا لعدم
الاولويه وان سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز احدهما او ترد وعند
محمد وعنه ان سكتت بطلا لان السكوت من البكر اجازه
لها وان زوجها الوليان متعاقبا باذنها فالنكاح الاول منهما
اذا علم لما روى الحسن البصري عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما امراة زوجها وليان فهي للاول منهما رواه ابو داود
والنسائي وابن ماجة والترمذي وقال هذا حديث حسن وقال
الحسن لم يسمع من سمرة شيئا وقيل انه سمع حديث العقيقه وان
وقعا معا او جهل المتقدم بطلا وعن شريح وعمر بن عبد العزيز
وحماد بن ابي سليمان انهما اختارت فهو زوجها ذكره ابن المنذر في
الاشراف ولو خلا بها برضاها فلا رواية فيها قال المرغيناني عندي
هذه اجازه وفي المرغيناني عندي هذه اجازه وفي المرغيناني والطحاوي
زوج بكرا من غير كفو فسكتت وهي بالغة لم يكن سكوتها رضى في قول
محمد بن سلمة قال هو قول ابي يوسف ومحمد قال الفقيه ابو الليث
هذا ابو قولهما على قياس الصغيرين ثم المخبر ان كان فضوليا
يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما
الواحد كاف ولا يشترط العدالة العدد ولا العدالة كالرسول
ويأتي هذا الخلاف في مسائل ان شاء الله تعالى في كتاب ادب
القاضي في فصل القضاء بالمواريث وفي كتاب الاجناس للناطفي
جعل السكوت رضى في عشر مسائل المسئله الاولى سكوت البكر
عند استيمار الولي والمسئله الثانيه سكوتها عند قبض الاب
مهرها والجد عند علمه والمسئله الثالثه في بيع التلجئه لو
قالا في السر نظهر البيع علانية وهو تلجئه ثم قال احدهما للاخر
نريد ان نجعله بيعا صحيحا فسكت الاخر ثم تبايعا كان البيع صحيحا

والمسئله الرابعه وقع عبد مسلم في المغنم بعد ما اسره المشركون
فقسمت ومولاه حاضر ساكت لم يطالب العبد فلا سبيل له على
العبد بعد ذلك والمسئله الخامسة قبض المشتري المبيع بغير اذن
البائع وهو ساكت قبل نقد الثمن فهو اذن له فيه والمسئله السادسة
رأى عبده يبيع ويشتري فسكت فهو اذن له في التجارة والمسئله
السابعه سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع بصريح الاسقاط يبطل
به حقه فيها والمسئله الثامنه عبد بيع وهو ساكت ثم قال انا حر
لا يقبل منه وزاد الطحاوي في مختصره فقال قم مع مولاك فقام لزمه
البيع والمسئله التاسعة قال والله لا اسكن فلانا داري او لا اتركه
في داري وهو نازل فيها فسكت حنث ولو قال له اخرج فابى ان يخرج
فسكت الحالف لا يحنث والمسئله العاشرة ولدت امرأته ولدا
فهناه الناس به فسكت لزمه وليس له نفيه بعد ذلك الصحيح اقران
ثلث والمسئله الحاديه عشر لو قبض الموهوب له الموهوب في المجلس والواهب
ساكت ملكه استحسانا والمسئله الثانيه عشره قبض المبيع في البيع
الفاسد والبائع ساكت ملكه المشتري والمسئله الثالثه عشر
لو جاءت ام الولد بولد فسكت المولى حولا او يومين لزمه ولا يصح نفيه
بعد ذلك والمسئله الرابعه عشر مجهول النسب اذا بيع وهو ساكت
ينظر صح بيعه وصار كانه اقر بالبيع وفي المبسوط يستامرها خاليه
في ... من الناس كيلا يمنعها الحيا من الرد ولا يذهب حسنها الاب
عند الناس بردها قوله واذا استاذن الثيب فلا بد من رضاها
بالقول والرضى بالقول ليس بشرط بل الرضى يتحقق تارة بالقول مثل
رضيت وقبلت ومثله احسنت او اصبت او بارك الله لنا ولك ونحوها
وتارة بالدلالة كطلب مهرها منه ونفقتها وكسوتها واسكانها
وتمكينها من وطيها وقبول التهنية والضحك بالسرور والفرح من
غير استهزاء ونحو ذلك واشتراطه القول في الرضى لنفي اختيار

السكوت منها بخلاف البكر والاصل فيه قوله عليه السلام ليس للولي مع
الثيب امر رواه ابو داود والنساى وللاول مسلم وغيره وقد
تقدم وعن خنساء بنت خذام الانصارية ان اباها زوجها وهي ثيب
فكرهت ذلك فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فرد
نكاحها اخرجه البخاري وابو داود والنساي وابن ماجه وفي
رواية سفيان الثوري كانت بكرا قالوا والصحيح انها كانت ثيبا وكانت
تحت انيس بن قتادة فقتل عنها يوم احد فزوجها ابوها رجلا من بني عمرو
ابن عوف فخطبت الى ابي لبابة بن عبد المنذر فامر رسول الله صلى الله
عليه وسلم اباها ان يلحقها بهواها فتزوجت ابا لبابة بن عبد المنذر
فجاءت بالسايب بن ابي لبابة وكانت من اهل قبا ولم يخالف فيه الا
الحسن اي الحسن البصري وجوز للاب اجبار البالغة الثيب على
النكاح وقول صاحب الكتاب لقوله عليه السلام الثيب تشاور
وفي كتب الغريبة الثيب تعرب عن نفسها اي تبين وروايه الاسم
وفي المبسوط جاءت الخنساء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
ان ابي زوجني من ابن اخيه ولي رغبة فيما يصنع لي فقال عليه
السلام لا نكاح لك انكحي من شئت فقالت اجزت ما صنع ابي ولكني اردت
ان تعلم النساء ان ليس للاباء من امر بناتهم شي علت هذا الذي
ذكره شمس الايمة من حديث خنساء ليس هو حديثها بل حديث خنساء كما
ذكرته وانما هذا الحديث الذي ذكره عن خنساء هو حديث جارية بكر
تقدم ذكره في اول الباب ولان الحيا قد قل منها لممارستها الرجال
فلا مانع من الاصل الذي هو النطق بما في ضميرها وان زالت بكارتها
بوثبة او طفرة او جراحة او شدة حيضة ودرورها او بحمل
الثقيل او تعنس او باصبع او عود فهي في حكم الابكار عند كل من يحفظ
عنه من اهل العلم وشذ ابو علي بن ابي هريرة من الشافعية فقال
حكمها حكم الثيب وجعل السنونه زوال العذرة وفي مبسوط البكر على لا يدخل

حتى لا يكاد ولا تحت البيت عنوس هذه الالفاظ في تخالف
البضع قلنا ولا اعتراض عليها في البضع عندنا ولا يثبت في الشرع
منعها وانما الاعتراض عليها اذا زوجت نفسها من غير كفو لخوف
العار والشين لا لولي حتى لو رضي وتركه لزم النكاح وقولهم ولهذا
الاعتراض عليها في المال ممنوع لانهم يحجرون عليها في مالها ولهذا لا ينفذ ون
تصرفها اذا كانت مبذرة وبطرها وضبطها ومنعها في النكاح ام
لانه وظيفة العمر ومكان التوالد والتناسل وهو مقصود لا محالة
لا الاموال وسايل ولهذا لا يقع النكاح بغتة بل يتقدم خطبة
ومراسلة ومقدمات قبل العقد عادة ولا يقع الانخداع فيه بخلاف
التصرف في المال فانه يقع بغتة من غير سابقة مقدمة فاذا
صح منها ما لا يعدمه بوو نظر واعلى اشكال عقلها فما تقدم النظر
والروى اولى بالصحة وقبل عبارتها في المباشرة لعقد نكاحها
ومنع تفويضها امرها الى غير الولي دعوى بغير دليل وتحكم بغير
مستند فان الاحاديث والاثار التي قدمناها كلها تدل على اعتبار
صحة عبارتها وصحة تفويض امرها في ذلك وليس فيما ذكروه
سلب ولايتها ولا سلب عبارتها بل يدل على صحة مباشرتها اذا
حضر الولي والعشيرة ورضوا بمباشرتها وقولهم علة سلب ولايتها
انوثتها كالطفرة الوثبة وفي المغرب طفر من باب ضرب اذا
وثب في ارتفاع كما يطفر الانسان حايطا الى ما وراءه وعن الليث وهو
وثوب خاص وقيل الوثبة من فوق والطفرة الى فوق وعنست
الجارية تعنس عنوسا فهي عانس اذا طال مكثها في منزل اهلها بعد
ادراكها حتى خرجت من عداد الابكار وفي المغرب حتى صارت
نصفا فان تزوجت مرة فلا يقال عنست قال ابو زيد وكذلك عنست الجارية
تعنيسا وقال الاصمعي لا يقال عنست ولكن عنست على ما لم يسم فاعله وعنسها
اهلها هكذا ذكره الجوهري عن الاصمعي وفي المغرب عنه لا يقال عنست

ولا عنست ولكن عنست وهي بكر لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكوره
الثمره اولها وبكر بالصلوة صلاها في اول وقتها وكل من بادر الى شي
قد بكر وابكر اي وقت كان ولو زالت بكارتها بزنى فهي
كذلك عند ابي حنيفة ومالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وابن
حنبل لا يكتفى بسكوتها ولا بد من نطقها او ما يقوم مقامها كما تقدم
ولو وطيت بشبهة او بنكاح فاسد وفي المرغيناني واقيم عليها
حد وفي قاضي خان في الصحيح او قضى عليها بالعدة او اعتادت
الزنا وفي الكامل الا ان يتعلق به مهرا ونسب ولا يكتفى بسكوتها
وان خاصمت الزوج في المهر قيل لا يستنطق وقيل يستنطق وان
اكرهت على الزنا فلا رواية فيه ذكره في الفتاوى وفي المرغيناني
منه وفي الحواشي لا يتقدم به حيارها واذا فرق بينها وبين
العنين او وجب عليها العدة تزوج الابكار نص عليه في الاصل
وفي البدايع لو خلا بها زوجها ثم فارقها قبل الدخول فهي بكر
وقال الطرطوسي في التعليقة لو زنت مرارا حتى صار الزنا لها
ملبسة فلا نص لها للحنفية ولابي يوسف ومحمد ومن قال بقولهما انها
بنت حقيقة لان مصيبها عايد اليها ومنه المثابة والتثويب ولابي
حنيفة ومالك الاثر وهو قوله عليه السلم في الصحيح البكر
تستامر بطن مهرها قالت عايشة رضي الله عنها انها تستحيي يا رسول
الله قال اذنها صماتها علل الاكتفاء بالسكوت لمكان الحياء لانه
خرج جوابا لقول عايشة ان البكر تستحي فكانت العلة هي
الحيا نصا وقال ابن قدامة في المغني التعليل بالحياء غير صحيح
فانه امر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه قلت هذا رد
على صاحب الشرع فكان قوله مردودا والحيا في المصابة بالفجور
اقوى والعذر اظهر وفي اشتراط النطق فيها اشاعة الفاحشة
وهي منهي عنها شرعا وطبعا وهي بكر بدليل انها تدخل في الابكار

فان قيل لو اوصى لابكار بنات فلان لا تدخل هذه في الوصية
ولو اوصى لثيبات بنات فلان تدخل فدل على انها ثيب وليست بكرا
قلنا الوصية ممنوعة عند ابي حنيفة ومالك رضي الله عنهما وفي
الجامع الصحيح انها ثيب في الوصية وفرق بين الوصية والاستيذان
قلت ينبغي ان لا تجعل ثيبا في الوصية ايضا لما في ذلك من اظهار
الفاحشة التي يجب الستر فيها فان قيل حيا البكارة سقطت
انما هذا حيا الفساد ولم يرد الشرع باعتباره قلنا الجواب
عنه من وجوه اولها انه عليه السلم علل بالحيا ذكر سبب الوطي
عندها وهو موجود فيما عادمها ثانيها ان الحيا منها بذلك
متاكد ويتضاعف اذا كان ذلك من وجه واحد والان صار من وجهين
ثالثها ان الناس عرفوها بالزنا ففي اشتراط نطقها سد باب
النكاح عليها لانها تمتنع من النطق خوف العار ورابعها ان الحيا
من اظهار الفساد والمعصية من كرم الطبيعة والاقتدا بالشريعة
وقد حث الشرع عليه فكان فوق حياء البكارة بخلاف ما ذكرنا
من المسايل المتقدمة لان الشرع قد اظهره حيث علق به احكاما
شرعية وقال الهمل اوان المهر لا يعد زناها لاصابة فوجب ان
تشترط كلامها كما لو تكرر منها الزنى مرارا والجواب ان الشيوع
الفاحشة واتخاذ ذلك مكسبة وعدم المبالاة بما يفعل ازال الحياها
بجله فصورة النزاع ويبطل قولهم بما اذا زالت بكارتها بفعلها
باصبعها او بعود فانها بنت حقيقة لزوال عذرتها بالصنو ولا
تشترط نطقها في الاذن وفي مشارق الانوار الثيب من النساء
هي التي تزوجت فوطيت وفي الحديث الثيب والثيبة اذا زنيا
الحديث وفي الصحاح ابن السكيت رجل ثيب اذا دخل بامراته وامراة
ثيبة اذا دخل بها زوجها وقيل لا يقال للرجل ثيب وفي المغرب الثيب
من النساء التي تزوجت فبانت لوجه عن المس وهو فعيل من ثاب

اذا رجع لمعاودتها التزويج في الغالب ولان الخطاب يقل دونها والجمع
ثيبات والجمع الذي هو ثيب والمصدر الذي هو الثيابة والثيوبة ليس
من كلامهم وابن فارس الثيب خلاف البكر وفي الوجيز الثيب واطئها
على ابدالها والبكر واطئها ابتداء ولا يعتبر زوال عذرتها من
غير وطئ في ابطال اسم البكر والعذراء وفي الصحاح العذرة
البكارة والعذراء البكر وفي المغرب عذرة المراة بكارتها
قوله واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت
فالقول قولها وقال زفر القول قوله ولو اقاما البينة فالبينة
ايضا كالمود بينتها ايضا كالمودع ولو قالت بلغني الخبر يوم كذا
ووقت لك فرددت وقال الزوج لا بل سكت فالقول قول الزوج ونظيرها
الشفعة والمسالة في ادب القاضي وفي المرغيناني لو قالت ادركت
امس وعلمت بالخيار وفسخت لم تصدق الا بحجة وبطل خيارها
وان قالت علمت الان وفسخت صح قيل لمحمد كيف يصح وهو كذب قال
لا يصح الا على الوجه فانها لا تصدق في الاسناد ولو قالت
فسخت حين علمت لا تصدق الا بالبينة وفي عدة الفتاوى بكر زوجها
وليها فقالت بعد سنة كنت قلت حين بلغني لا ارضى فالقول
قولها وان كانت صغيرة فقالت اخترت نفسي حين ادركت او حين
علمت لا يسمع لانها تريد ابطال العقد الثابت عليها بخلاف الاول
ولو قالت حين بلغني لم اجز قبل وكذا في الواقعات الا ان يقيم الزوج
البينة على رضاها اذن في الفتاوى وكذا على سكوتها ولو اقامت
البينة على الرد كان القول قولها يقبل ولذا في الوديعة لاسقاط
اليمين وفي قاضي خان وان اقام الزوج بينة انها اجازت النكاح
حين اخبرت واقامت المراة البينة انها ردت العقد حين اخبرت
كانت البينة بينة الزوج لانها تثبت اللزوم فرجحت بخلاف
الاول لان بينة الزوج فيه قامت على امر عدمي اذ السكوت عدم

وبينة المراة قامت على اثبات الرد فكانت اولى وجه قول زفر
ان السكوت اصل والرد عارض والقول قول منكر العوارض
كما لو ادعى المشتري خيار الشرط وكما لو ادعى المشروط له الخيار
الرد بعد مضي مدة الخيار بخلاف خيار الرؤية اذا قال المشتري لم
ار المبيع ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمراة تدفعه
فكانت منكرة والقول لها كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف
دعوى خيار الشرط لانه عارض لا يثبت الا باتفاقهما وبخلاف مسالة
الخيار لان العقد قد لزم بمضي المدة ولم يظهر اللزوم هنا وان لم تكن
له بينة لم تحلف عند ابي حنيفة رضي الله عنه وتحلف عند ابي يوسف
ومحمد والائمة الثلاثة وابي ثور فان حلفت لم يثبت النكاح وان نكلت
ثبت عند ابي يوسف ومحمد وعندهم يحلف الزوج ويقضي بالنكول
عندهما وكذا عند الباقين بعد يمين الزوج وهي مسالة الاستحلاف
في الاشياء الستة وسياتي في الدعوى ان شاء الله تعالى والفتوى
على قولهما وفي ادب القاضي للناصحي ادعى الاب انه زوجه ابنته
الصغيرة فانكر تحلف عند ابي حنيفة رضي الله عنه وفي الكبيرة
لا تحلف عنده اعتبارا لاقراره فيهما قوله ويجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجها الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي
هو العصبة ومالك لا يجوز نكاح الصغير والصغيرة بكرا كانت
او ثيبا الا الاب وهو قول ابن حنبل ولا يجوز تزويج الصغيرة الثيب
الشافعي وابن حنبل وداود حتى تبلغ والشافعي يجوز تزويج الصغير
والصغيرة غير الثيب للاب والجد وقد تقدم وفي المحلى اجاز مالك
للاخ ان يزوج الصغيرة في رواية ابن وهب عنه اذا كان فيه نظر
لها ووصية في رواية ابن القاسم وفي المحلى لا يجوز للاب ولا لغيره
تزويج الصغير الذكر قبل بلوغه عند طاوس وقتادة والثوري
وداود الظاهري وقال ابن شبرمة وعثمان البتي لا يجوز لاحد تزويج

الصغير والصغيرة حتى يبلغا واجاز تزويج الصغير والصغيرة لغير
الاب والجد من الاوليا العصبات الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز
وطاووس في رواية وعطا وقتادة والاوزاعي ولهما الخيار عندهم
اذا بلغا ذكر ذلك ابن ابي شيبة في مصنفه وابو بكر بن المنذر في الاشراف
وقال ابو الفرج في التحقيق عن احمد يجوز تزويج الصغير والصغيرة
لجميع العصبات وان كانت يتيمة ويثبت لهما الخيار اذا بلغا في رواية
عنه ومذهبنا في غير الاب والجد قول عمر بن الخطاب وعلي بن
ابي طالب وعبد الله بن مسعود والعبادلة الثلثة وابي هريرة وزوج
رسول الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت حمزة سلمة بن ابي سلمة
وكانت صغيرة والنبي عليه السلم ابن عمها وقال لها الخيار اذا بلغت
وانما جوزها بالعصوبة لا بالنبوة لو فرض احدهما انه عليه السلم
لم يزوج صغيرة ولا كبيرة ممن كان لها ولي ولو كان يزوجها بالنبوة
لم يتقدم عليه ولي والوجه الثاني انه اثبت لها الخيار ولو
زوجها الاب والجد والمولى اذ النبوة اعظم من ذلك ولا قصور
فيها والعباس وان كان عمها لكن نقل انه كان غائبا او نادبا مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم وجعل الامر اليه ذكره سبط بن الجوزي وغيره
وحكى الترمذي اجماع الصحابة على مثل مذهبنا وروي عن علي رضي الله
عنه موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات ذكر الحديث شمس
الائمة السرخسي وسبط بن الجوزي والحديث لم يخرجه احد من الائمة
ولا يستبعد ان الائمة الاربعة اتفقوا على الولاية في حق البالغة وفي
وفي المبسوط القياس ان يثبت لها الخيار اذا بلغا في تزويج الاب والجد
ايضا ذكر القياس والاستحسان محمد بن سماعة واعتبره بالاجازة
اذا بلغا لكن تركنا القياس في الاب الحديث والجد ولان
ولايتهما تامة وشفقتهما وافرة عامة في النفس والمال واستدل
بقوله تعالى وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء

ولو زوج [illegible] لها الخيار

اي في نكاح اليتامى هكذا فسرته عائشة رضي الله عنها ولان تاثير البلوغ
في زوال الولاية عليها لقدرتها بالبلوغ وكمال عقلها به وتوجه التكاليف
الشرعية اليها واذا حصل وليا عليها بعد بلوغها بهذا السبب عرفنا
انه ولي لها قبل بلوغها في حال الصغر وبه فارق المال فانه لا يستفيد
الولاية به بعده فكذا قبله ولانه لا حاجة الى ولاية المال في حقهم لتصرف
الوصي فيه بخلاف النكاح والمراد بقوله عليه السلم واليتيمة تستاذن
في نفسها رواه النسائي واحمد بن حنبل البالغة لقوله تعالى واتوا اليتامى
اموالهم ويدل على صحته ما رواه ابو داود والنسائي من قوله عليه السلم
ليس للولي مع الثيب امر واليتيمة تستامر وصمتها اقرارها واليتيمة
لو كانت دون البلوغ لم تستامر بالاجماع ولان القرابة داعية الى
الشفقة والنظر كالاب والجد ولكن الكامل بقصور الشفقة
عن الاب والجد ولعدم اللزوم وثبوت خيار الفسخ كما ذكرنا ذلك
عن جماعة من السلف بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن
التدارك في الخلل فلا يقع التصرف لازما ومع قصور الشفقة لا يمكن
الالزام وقد ذكرنا الاستغنا عنهم في المال بالوصي والقاضي وقال ابن
العربي كمال الولاية بكمال الشفقة ولا يوجد على الصغير ولانه الا
لمن هو في نهاية النظر ولان النكاح لا يقبل الخيار اصلا قلت
هذا منه دعوى عارية عن البرهان ولا نسلم شرطه كمال الولاية
ولا نهاية النظر فان الوصي يلي عندهم ولا شفقة فضلا عن كمالها
ومن اين له نهاية النظر والفرق بين الابتدا والبقا ظاهر لان البقا
اسهل ويغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتدا وقد اثبتوا فيه خيار العيب
وخيار الجب وخيار العنة وخيار البكارة والترتيب في العصبات
في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب وفي
الذخيرة والاسبيجابي الولاية للعصبة الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاخ
لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم لاب ثم اولادهم كذلك ثم العم لاب

وام ثم لاب ثم لاولادها على الترتيب ثم لعم الاب لاب وام ثم لاب ثم لاولادها
كذلك ثم لعم الجد لاب وام ثم لاب ثم لاولادها على الترتيب ثم لمولى العتاقه
يستوي فيه الذكر والانثى ثم ذووا الارحام الاقرب فالاقرب ثم مولى
الموالاة في قول ابي حنيفه وابي يوسف كما ذكر في الميراث وعند محمد
ليس الى ذوي الارحام انكاح ثم القاضي ومن نصبه القاضي وفي
المبسوط وعند زفر الاخ لاب وام والاخ لاب سواء ثم مولى العتاقه
بعد العصبات النسبيه ثم عصبته ثم الام ثم ذووا الارحام الاقرب
فالاقرب عند ابي حنيفه استحسانا وابو يوسف معه في اكثر الروايات
وذكر الكرخي مع محمد والاول اصح ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي
ومن نصبه القاضي وفي قاضي خان الابن مقدم على الاب عند ابي
حنيفه وابي يوسف ثم ابنه وان سفل ثم الاب ثم الجد وذكر الكرخي ان
الاخ مع الجد يشتركان عند ابي يوسف ومحمد كالميراث عندهما
والاصح انكاح الجد عند الكل وفي المبسوط وهو ظاهر الرواية
وهو الاصح وقال شمس الائمة الحلواني في شرحه الاصح عندي ان الجد
اولى بالنكاح عند الكل وشفقة الجد كشفقة الاب ولهذا لا يثبت
خيار البلوغ في الجد كالاب بخلاف الاخ وفي المحيط والمختلف هما سواء عندهما
وروى الحسن عن ابي حنيفه ان الصغيرة لا يزوجها الا العصبات وهذا
قياس وهو قول محمد وابو يوسف في كتاب النكاح مع ابي حنيفه وفي
كتاب الولاء مع محمد في جواز عقد الولاء عليها ومولى الموالاة له تزويجها
عند ابي حنيفه وعند محمد لا يزوجها لانه موخر عن ذوي الارحام
فاذا لم يكن لهم ولاية التزويج فالموخر عنهم اولى لعدم الولاية ثم القاضي
والسلطان وفي المرغيناني ثم ذووا الارحام عنده واقربهم الام ثم البنت
ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب
وام ثم الاخت لاب وفي مجموع النوازل الاخت لاب وام مقدمة على الام ثم الاخ
والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم

على هذا الترتيب فان اجتمع الجد الفاسد والاخت فالولاية للجد
ثم مولى الموالاة وفي المحيط ومولى الموالي بمنزلة ذوي الارحام
وفي خزانة الاكمل مولى الذي اسلم ابو الصغيرة على يده ووالاه
يزوج عند عدم الاقرب وشرط الاسلام على يديه والظاهر
انه ليس بشرط فما دام لها اقرب فالقاضي ليس بولي عنده وعندهما
ما دام لها ام او له عصبة فالقاضي ليس بولي وفي الروضة لو امتنع
الاب لا تنتقل الولاية الى الجد بل يزوجها القاضي فان لم يمتنع الاب
فزوجها القاضي لم يجز ذكره ابن رستم في نوادره وقد ذكر في
نوادر ابي يوسف يزوجها القاضي ولا يلتفت اليه وفي قنية المنية
ام الاب اولى بتزويجها من الام في حق الصغيرة والاخت لاب وام
اولى من الام ثم قال ركن الاسلام علي السغدي والنساء
اللواتي من قوم الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات
باتفاق اصحابنا وهن الاخت لاب والعمة وبنت الاخ وبنت العم واما
الام والنساء اللواتي من قبل الام فلهن ولاية التزويج عند ابي
حنيفه خلافا لمحمد ذكره في قنية المنية قال نور الائمة ما ذكر
ركن الاسلام علي السغدي من الاجماع مستقيم في الاخت لا في العمة
وبنت الاخ وبنت العم لانها من ذوي الارحام ومثله في الذخيرة والمشهور
عنه انه يلقب بركن الاسلام وفي الذخيرة الابن اولى من الاب
في المجنونة عند ابي حنيفه وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف
وقال محمد ابوها وهذا الخلاف في الجد ذكره القدوري وذكر شيخ
الاسلام ان عند ابي حنيفه الابن اولى من الجد رواية واحدة وفي نوادر
هشام عن محمد اذا كان للرجل مجنونة وله ابن واب فالتزويج الى الاب
والبيع الى الاب عند ابي حنيفه ومثله في المنتقى وهو قول ابي يوسف
وعند محمد الجميع الى الاب وان اجتمع الابن والاخ لاب وام او لاب فالابن
اولى عندهما وقال محمد الاخ اولى فيعتبر اعتبار الميراث عند محمد فان زوج

المعتوهة ابوها او جدها ثم افاقت فلا خيار لها وان زوجها عمها او اخوها
ثم عقلت فلها الخيار وان زوجها ابنها فلا رواية فيه عند ابي حنيفه
ويجوز ان لا يكون لها الخيار لانه مقدم على الاب عنده ولا خيار في
تزويج الاب فكذا في تزويج من يقدم عليه وفي المبسوط ورجع ابو
يوسف عن ثبوت الخيار لها وهو قول عروة بن الزبير ويثبت
الخيار في تزويج القاضي في ظاهر الرواية وروى خالد بن صبيح
المروزي عن ابي حنيفه انه لا خيار لها ووجهه ان ولايته في
النفس والمال كالاب والجد بخلاف الاخ والعم ووجه ظاهر
الرواية ان القاضي موخر عن الاخ والعم فاذا ثبت الخيار في نكاحهم
ففي المؤخر اولى والاصح من الروايتين في الام ثبوت الخيار لقصور
رايها دون شفقتها وهذا لا يلي المال وفي الذخيرة الابن اذا بلغ
عاقلا ثم جن او عته فعلى قول ابي يوسف لا تعود ولاية الاب
قياسا حتى لو تصرف في ماله او زوجه امراة لا يجوز بل تكون الولاية
الى القاضي وعلى قول محمد الولاية الى القاضي استحسانا وقال
ابو بكر البلخي تعود ولاية الاب عند علمائنا الثلثه رحمهم الله
وقال زفر الولاية للسلطان والاب اذا عته فليس للابن التصرف
في ماله وهل تثبت له ولاية تزويجه ذكر شيخ الاسلام في اخر
باب اذن الاب للصبي والمعتوه على قول من يقول تثبت للاب ولاية
تزويج ابنه اذا جن الابن تثبت الولاية للابن هاهنا وفي فتاوى
ابي الليث زوج ابنه الكبير بغير اذنه ثم جن الابن فاجاز الاب جاز
وفي البدائع عن ابي يوسف الاب والابن اذا اجتمعا فايهما زوج المجنونه
جاز هذه رواية المعلى عنه فاثبت الولاية لكل واحد منهما
كالاخوين المتساويين وعند حضورهما يقدم الاب احتراما له
ومن الغريب ما ذكر في نوادر ما وراء النهر سئل الرازي عن امراة
لها اب وابن قال ابو يوسف يزوجها ابوها ويدعي ان قوله هذا قول

ابي حنيفه وذكر في جوامع الفقه والذخيرة والواقعات وفتاوى
الفضلي للشهيد والفتاوى للمرغيناني وغيرها من الكتب ان القاضي
لا يزوج الصغار الذين لا ولي لهم الا اذا شرط الامام له تزويجهم في
عهده ومنشوره وان لم يشترط له ذلك فلا ولاية له عليهم ولو
زوجها ولم ياذن السلطان في ذلك ثم اذن له فيه فاجاز ما كان
صنع من ذلك لم يجز هكذا ذكر في الواقعات والصحيح انه
يجوز وهو استحسان فان محمدا رحمه الله نص في الجامع في اول
كتاب النكاح على مثله ثم ان اصحابنا قالوا قوله عليه السلم
النكاح الى العصبات يتناول الام لانها عصبة في الجملة بدليل ان ولد
الملاعنة تحرز منه الام كل المال وكذا ولد الزنا وفي التمهيد
البكر اذا زوجها ذو راي واصاب وجه الراي وهناك اخ او
غيره من الاولياء فهو جائز عند من لم يشترط الولي اصلا
واجاز مالك ان يزوجها رجل من فخذها وان كان ثمة من هو
اقعد بها منه واقرب اليها وقال مالك لا يكون الاقرب من الاوليا
اقعد الا اذا تشاجروا في انكاحها قاله عنه ابن القاسم وقال
مالك في المبسوطة ابواه يزوجها الاخ برضاها لانها قد ملكت
امرها فهذه كلها روايات ابن القاسم عن مالك وروى ابن وهب عن
مالك ان الابن اولى بانكاح امه من ابيها وبالصلوة عليها وبه قال
العنبري واسحق وابن المنذر وعن ابن حنبل الابن اولى ثم الجد وعنه
تقدم الاخ على الجد وعنه الاخ والجد سوا لقولهما ثم الابن وابنه
عند عدم الاب والجد ذكره في المغني وعند الشافعي لا ولاية للابن وابنه
والاخ للابوين والاخ للاب سوا في المشهور عن ابن حنبل وبه قال
ابو ثور والشافعي في القديم وفي الجديد الشقيق قال ابن قدامة هو
الصحيح لقولنا وقد ذكرنا حديث تزويج ام سلمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فقالت قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال العمر ومن يقول

ان عمر كان صغير السن فبينه بيان زور وكم ما قلنا فزوج رسول الله
ذكر عبد الحق في الاحكام الكبرى مسألة الوصي لا يزوج
وهو قول الشعبي والنخعي والثوري والحارث العكلي والشافعي
وابن المنذر ورواية عن ابن حنبل وثلاثة في قول الحسن وحماد بن
ابي سليمان ومالك وابن حنبل وروى هشام عن ابي حنيفة انه ان
اوصى اليه بذلك جاز ذكره المرغيناني وقال ابن حنبل وفي
تعليقة الطرطوشي الوصي اولى من الولي سواء قال الموصي انت
وصيي او انت وصيي على مالي او انت وصيي على مالي عند مالك.
وفي قاضي خان ان اوصى اليه بذلك جاز عندهما كذا قال ابن ابي
ليلى هو ولي في الوجهين قلت هو قول مالك ايضا وقال مالك
النسمة يزوجها سائر الاولياء ولها الخيار اذا بلغت وعنه
ان مسها ضرورة او حاجة ومثلها يوطأ تزوج والمذهب المنع
فان سكتت بطل خيارها ذكره كذلك الطرطوشي وفي جوامع
الفقه اذا غاب او عضل زوجها القاضي صغيرة كانت او كبيرة
وان كان الولي فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة وعن ابن المبارك
القاضي اولى من السلطان بخلاف الجمعة والعيدين والجارية
بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما تفرد
كل واحد منهما بالتزويج وفي المحيط لا ينفرد احد الوليين كاحد المعتقين
ولامة صغيرة يزوجها سيدها بكرا كانت او ثيبا وعند الظاهرية
لا يزوجها سيدها بل ابوها ان كانت بكرا باذن سيدها قال ابن حزم
في الرد على المالكية في ولاية الوصي ان موهوا بالخبر الذي روي
من طريق وكيع عن يحيى بن عبد الرحمن عن ابي لبيبة عن جده قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من موسيما له النكاح فزوجوها الاثم
بينهما قال وهو مرسل ويحيى بن عبد الرحمن ضعيف مع انه ليس للوصي
فيه ذكر قلت وبهذا يبطل قولهم ان الولاية في النكاح لم تشرع

للمرأة كيلا تضع نفسها في غير كفو فيلحق بذلك العار للاولياء لان الوصي
لا يلحقه العار بذلك فلعله يضعها في غير كفو لانه لا يلحقه عار
فلم يكن وليا بل الولي من يلحقه العار بذلك فلما لم يراعوا هذا المعنى
في الوصي بطلت هذه العلة ولا تنقض بالحاكم فانه مؤخر عن
الاولياء ففيه ضرورة والوصي عنده مقدم على الاولياء ولا ضرورة
فيه لوجود غيره وهو الولي ولان الايصاء نقل الولاية الى
غير الولي من جهة الشرع بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يصح
فرع ذكر في المغني امرأة اسلمت على يد رجل يزوجها
هو في رواية حرب عن ابن حنبل وهو قول اسحق وعن ابن سيرين
يزوجها نفسه وكذا عندنا ان والته ولم يكن لها احد من العصبات
ولا من ذوي الارحام وعرض لها ما يمنع مباشرة عقدها
بنفسها فائدة في النوادر اذا زوج الصغيرة غير الاب
والجد فالاحتياط ان يعقد مرتين مرة بالمسمى ومرة بغير
مسمى فينعقد الثاني بمهر المثل ولانه يحتمل ان يكون حلف بطلاق
كل امرأة يتزوجها واما الاب والجد فيشاء ان شاء الله
تعالى ويشترط القضاء في خيار البلوغ بخلاف خيار العتق
والفرق بينهما في احكام خمسة للحكم الاول هذا وجه
الفرق ان خيار البلوغ مختلف فيه وكان بدايته كذا بالقضاء كالرجوع
في الهبة وخيار العتق اذا كان الزوج عبدا مجمع عليه ولان سبب
خيار البلوغ باطن خفي وهو تمكن الخلل عند قصور شفقة المباشر
او رأيه وهذا اعم الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فافتقر
الى القضاء وخيار العتق لرفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها
اذا كانت مملوكة بطلقتين وبعد العتق يملك الزوج عليها الثلث
فكان دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم لا يمكن رفع هذه الزيادة
الا برفع اصل النكاح ويكون رفعه ضمنا للدفع والشرع نظر اليها

والثيب لها خيار العتق والخيار بالجب والعنة ولم يثبت للزوج خيارا
بالرتق والقرن لان الخلاص بيد الزوج ولان الزوج قد رضي بهذا
الضرر حيث تزوج امة باختياره والحكم الثاني اذا علمت
بالنكاح ولم تعلم بخيار البلوغ وبلغت فسكتت فهو رضى كالابتدا
بل اولى لان البقا اسهل بخلاف العتق لان خيار العتق ثابت
باعتاق المولى من جهته فصار كالثابت بتخيير الزوج فيعتبر
المجلس دون السكوت وفي قاضي خان لان خيار العتق يثبت
بتخيير الشرع ولا يبطل بالسكوت كالخيار الثابت بتخيير الزوج
وخيار البلوغ يثبت لعدم الرضى وسكوت البكر رضى بالنكاح
بالنص ولان خيار العتق خيار قبول الملك لانها تملك نفسها
او بضعها بالاعتاق فصار كخيار المشتري وخيار المخيرة والحكم
الثالث ان خيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل بالقيام من
المجلس وخيار العتق يبطل به والفرق ان سبب خيار البلوغ
عدم الرضى فيبقى ما لم يوجد الرضى كخيار العيب وخيار الاجازة
في عقد الفضولي وخيار العتق كخيار المخيرة على ما مر وهو
يبطل بالقيام من المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم والحكم
الرابع ان في خيار البلوغ جهلها في غير موضعه لان الحرة
تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار الاسلام وهي دار
العلم فلا تعذر بالجهل كمن اسلم في دار الاسلام وجهل الشرائع
والامة لا تتفرغ لمعرفة الشرائع لانها مشغولة بخدمة مولاها
فتعذر بالجهل بثبوت الخيار كمن اسلم في دار الاسلام وجهل الشرائع
فانه يعذر لما ذكرنا وانما اشترط علمها بالنكاح لان الولي
ينفرد به ولا تعلم هي بذلك وفي المسفا اشترط العلم بخيار البلوغ
عند محمد كخيار العتق والحكم الخامس ان خيار البلوغ يثبت
للذكر وللانثى وخيار العتق يثبت للانثى خاصة والفرق

ان الملك المذكور فيه يثبت في حقها وزيادة الملك تختص بالمعتقة دون
المعتق ثم الفرقة بخيار البلوغ فسخ في حق الجارية والغلام والمعتقة
المعتقة فانه لا يتصور الطلاق منها لانه بيد الرجل وفي
وفي خيار البلوغ يشترك الذكر والانثى ولا يكون طلاقا كالردة
بخلاف خيار المخيرة لانه يستفاد من الزوج فكان طلاقا كتطليقه
اياها ويجري التوارث بينهما قبل القضاء في خيار البلوغ قبل البلوغ
وبعده ويقع طلاقه لان النكاح نافذ والنكاح الموقوف على
الاجازة يبطل بالموت من احدهما ولا يقع طلاقه ولا يفتقر الفرقة
الى القضا لانه غير نافذ والاصحاب رضي الله عنهم يقولون النكاح
لا يقبل الفسخ والصواب ان يقال النكاح الصحيح النافذ اللازم
لا يقبل الفسخ قصدا ذكر الصحيح لاخراج الفاسد والنافذ لاخراج
من الموقوف فانه غير نافذ وان كان صحيحا وهو قابل للفسخ وذكر
اللازم احترازا من النكاح الذي فيه خيار البلوغ وخيار
العتق لانه فسخ لانه غير لازم وقولي قصدا احتراز عن فسخه
عن الردة فانها فسخ عند ابي حنيفة وابي يوسف لكنها فسخ من غير
قصد وان كان النكاح صحيحا نافذا لازما وفي ادب القاضي
اذا فرق القاضي بخيار البلوغ بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وبعد
الدخول يجب المهر كاملا ولذا اذا اختارت نفسها ببلوغها قبل الدخول
وبعده يجب كل المهر وفي الذخيرة اذا صارت ثيبا لا يبطل خيا رها
الا بالنطق صريحا او دلالة كالتمكين من الوطي بعد العلم بالخيار
او طلب النفقة والكسوة كما لو اكلت من طعامه او خدمته كما
كانت تخدمه وهي على خيارها واذا بلغت وسالت عن اسم الزوج
او عن المهر المسمى او سلمت على الشهود بطل خيارها والصحيح
ان خيار البلوغ بعد العتق في المملوك لا يثبت ولا خيار في الامة بل
الاصحاب انه لا يثبت خيار العتق يغني عنه ولانها زوجت بولاية

كاملة كالاب والجد وينبغي لها ان تختار نفسها مع رؤية الدم وان رأته
بالليل تختار بلسانها وتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت
وتقول رايت الدم الان فان قالت الحمد لله قد اخترت نفسي على خيارها
فان بعثت خادمها حين حاضت تدعو شهودا فلم تقدر عليهم وهي في
موضع منقطع عن الناس لا يلزمها النكاح ولا تعذر فاذا اختارت
واشهدت ولم تتقدم الى القاضي شهرين فهي على خيارها ما لم تمكنه
من نفسها وخيار العتق في المرغيناني اذا اجتمع خيار البلوغ
والشفعة تقول اطلب الحقين مبتديا في التفسير بخيار البلوغ
قوله ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون وهو اجماع وفي
المغني قال احمد ان كان الصغير ابن عشر زوج وتزوج وطلق وهو
مسدود ويعلو بقوله عليه السلام واضربوا عليها في العشر ولاهل
الحديث رفع القلم المشهور وحملهم للموت والحلق ولانها ولا
لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت ولايتهم على غيرهم ولان
هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى من لا رأي له ولا ولاية
لكافر على مسلم ولا مسلمة ولا لمسلم على كافر قال ابن المنذر اجمع على
هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم قالوا الا ان يكون المسلم سلطانا
او سيد امة كافرة وهو مذهب الشافعي وابن حنبل ولم ار هذا
الاستثناء عن اصحابنا في كتبهم وفي المغني الكافر اذا اسلمت ام ولده
هل يزوجها فيه وجهان لعدم تسد الامة الكافرة اذا كان مسلما
فله تزويجها للكافر لكونها لا تحل للمسلمين عندهم ويزوج الكافر
ابنته الكافرة من كافر وفي المغني ومن مسلم وكذا يزوج ابنته
الكافر وبطل به قول من يقول ان الفسق يسلب الولاية فان الكافر
فاسق وزيادة وعندنا الفسق لا يسلب الولاية وبه قال مالك وابن حنبل
خلافا للشافعي واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو
ابعد منه ان يزوج وبه قال مالك وابن حنبل وقال زفر لا يزوجها احد

وقال الشافعي ينتقل الى الحاكم والشافعي يعتبر غيبته بعضله
فان الولاية تنتقل الى السلطان فيه كذا هنا وزفر يقول ان ولاية
الاقرب مع غيبته قائمة حتى لو تزوجها من حيث هو جاز ولا ولاية
للابعد مع وجود ولاية الاقرب كما كان حاضرا ولنا ان السلطان
ولي من لا ولي له ولا اعتبار لولاية السلطان اذا لم يكن ولاية لها
حضرته فصار كما لو كان الاقرب طفلا او مجنونا او عبدا او كافرا
او ميتا فان الولاية فيها للابعد والفرق بين العاضل والغائب ان
العاضل ظالم فينتقل الى السلطان لان دفعه اليه والغائب غير
ظالم لا سيما اذا كان سفره للحج والجهاد فافترقا فاشبه النفقة
والحضانة فانها تنتقل الى الابعد ولان الممنوع كالمعدوم في
الشرع كالماء للطهارة والرقبة للكفارة وابن السبيل في اخذ
الزكاة له وهذه عبارة اهل اصفهان وما وراء النهر وفي البدايع
الاصح ان ولاية الاقرب تنتقل الى الابعد ولان الممنوع كالمعدوم في
الشرع كالماء للطهارة والرقبة للكفارة ويدل عليه انهم قالوا ان
الاقرب لو كتب كتابا الى الابعد ليقدم رجلا يصلي على جنازة الصغيرة
فللابعد منعه ولو كانت ولايته باقية لما جاز منعه كما لو كان
حاضرا فقدم رجلا اجنبيا ولان بقاء ولايته تودي الى مفسدة
فان الاقرب لو زوجها من حيث هو وصح فربما زوجها الابعد ولا
يعلم ذلك فيدخل بها وهي في عصمة غيره وهذا لا يليق وفي قاضيخان
لو زوج الغائب الاقرب من حيث هو ولا رواية فيه وفي المحيط
لا رواية فيه قال وينبغي ان لا يجوز لانقطاع ولايته وقيل يجوز
وفي المبسوط يجوز وفي الكتاب فيه منع وبعد التسليم نقول
للابعد بعد القرابة وقرب الرأي والتدبير وللاقرب عكسه فنزلا
منزلته وليس متساويين فايهما زوجها جاز ونفذ ولا يرد واعتبر
اهل اصفهان والعراق ونسا عور وما وراء النهر هذه الولاية بولاية

المال فانها لا تنتقل الى الابعد اجماعًا وجعلوها عمدتهم وهو فاسد
فان الابعد لا يتولى المال الا عند عدم الاقرب فعند وجوده اولى
بخلاف النكاح فان الابعد يتولاه عند عدمه بالاجماع قوله
والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة
الا مرة قال وهو اختيار القدوري وفي البدائع هو رواية ابن شجاع
والمراد به ان يصل الخبر الى الخاطب في تلك السنة ذكره في التقريب
قال في الذخيرة والواقعات الصحيح انها مقدرة بثلثة ايام
واختارها محمد بن مقاتل الرازي قاضي القضاة ابو عصمة سعد بن
معاذ المروزي وركن الاسلام ابو الحسن علي السغدي قال
الشهيد وبه يفتى وفي السفر ثلثة ايام وفي الواقعات
واختار اكثر المشايخ الشهر وفي البدائع والاسبيجابي حكاية
عن ابي يوسف وفي المحيط عن محمد روايتان احدهما مسيرة شهر
والاخرى مسيرة ثلثة ايام واختارها ابو الليث وعن محمد من
الكوفة الى الري وذلك خمس وعشرون مرحلة وفي رواية من
بغداد الى الري وهو عشرون مرحلة وفي الروضة هو قول
ابي حنيفة ذكره الطحاوي في شروطه ومختصره وقيل من الرقة
الى البصرة وفي الاسبيجابي ان كان في مكان لا يختلف اليه القوافل
فهو غيبة منقطعة وقيل ان كان في موضع يقع اليه الكرى بدفعة
واحدة فليست منقطعة وقيل ان كان القوافل تذهب الى ذلك
المكان في كل سنة فليست منقطعة ومن المشايخ من قال ان لا
يوقف له على اثر بان كان جوالا من موضع الى موضع او مقصودا اختفى
لو كان معها في بلد واحد لا يوقف عليه مختفيا كانت غيبة
منقطعة وهو الصحيح ومنهم من قال يقدر بفوات الكفو الخاطب
وعليه اكثر المشايخ منهم ابو بكر محمد بن الفضل امام بخارى وشمس
الائمة السرخسي قال الاسبيجابي هو اقرب الى الصواب وفي رواية

عن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان ذكره في قاضي خان
والمبسوط وفي الاسبيجابي هما مدينتان احدهما بالمشرق والاخرى
بالمغرب قال السرخسي هذا رجوع الى قول زفر اذ هذه المسافة لا
يتصور الوصول اليها وفي المغني عند الحنابلة احدها ان لا تصل
اليه القوافل او تصل ولا يخبر عنه قلت عدم الاجابة
ليست بغيبة منقطعة وقال القاضي منهم حدها ان لا تتردد اليه
القوافل في السنة الا مرة قال لان الكفو لا ينتظر اكثر من سنة
هذا هو قول اصحابنا وابدل الوصول بالتردد وامسك به اذ التردد
يتوقف على التكرر ولا يتوقف على مقدار وقال احمد بن وجهها
الحاكم وان كان قريبا وان كان القريب محبوسا او اسيرا في مسافة
قريبة فهو كالبعيدة ولذا اذا لم يعلم مكانه والشافعية
قدروها بمسافة القصر واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها
فالولي في نكاحها ابنها عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن ابي
يوسف الولاية لهما ذكره في الذخيرة وقال محمد ابوها وقد ذكرنا
المسئلة وما فيها من مذاهب العلماء رضي الله عنهم قبل هذا ولا نعيدها
مسألة امرأة جاءت الى القاضي وقالت ليس لي ولي وانا اريد
ان اتزوج فالقاضي يأذن لها في النكاح لانه لو علم لها وليا
يأذن بالنكاح فقد صح رجوع محمد الى قول ابي حنيفة فههنا اولى
لما ذكره الصدر الشهيد وسئل اسمعيل بن حماد عن امرأة جاءت
الى القاضي وقالت اني اريد ان اتزوج وليس لي ولي ولا يعرفني احد فان
القاضي يقول لها ان لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات زوج ولا
في عدة احد فقد اذنت لك وذكر شيخ الاسلام في كتاب المزارعة
لو ان امرأة جاءت الى القاضي وقالت ان فلانا يخطبني وليس لي ولي
زوجني منه فان للقاضي ان يكلفها اقامة البينة على ما ادعت وان
شاء قال لها زوجي نفسك ان كان الامر كما وصفت وبعد اقامة البينة

يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار فلت وهذه البينة تسمى
بينة تكشف الحال ذكرها في الوجيز في الباب الثالث من الاجازات
وفي المرغيناني سئل شيخ الاسلام عن بكر بالغة شافعية زوجت
نفسها من حنفي او شافعي والزوجان يعتقدان هذا المذهب ولو
سئلنا ما جواب الشافعي في هذه المسألة اجبنا انه يصح عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وسئل ايضا عن عقد عقد بحضرة
فاسقين من المسلمين وغاب عنها الزوج غيبة منقطعة هل
يجوز للقاضي ان يبعث الى شافعي ليبطل النكاح بهذا السبب
قال نعم وللحنفي ان يبطله بنفسه ايضا اخذا بهذا المذهب وان
لم يكن مذهبا له قال وعندي ان هذا على قول ابي حنيفة
بناء على ان القاضي اذا قضى بخلاف مذهبه ينفذ عنده خلافا
لهما وعند ابي يوسف انه اغتسل يوم الجمعة وصلى بالناس ثم
اخبر بوجود فارة في بئر الحمام بعد تفرق الناس فقال ناخذ بقول
اخواننا من اهل المدينة في القلتين فصل في الكفاءة قال
الجوهري الكفي النظير وكذا الكفؤ والكفوء على فعل وفعول
والمصدر الكفاءة بالفتح والمد وتقول لا كفاء له اي لا نظير له
وهو في الاصل مصدر وقال المطرزي الكفو النظير ومنه كافاه
اي ساواه اي تكافؤا وتساووا وفي الحديث المسلمون تتكافى
دماؤهم اي تتساوى قوله الكفاءة في النكاح معتبرة اعلم
ان الفقهاء واصحاب الحديث اختلفوا في اعتبار الكفاءة وقال ابن
المنذر في الاشراف ذكر عمر بن عبد العزيز وحماد بن ابي سليمان
وعبيد بن عمير وابن سيرين وابن عون ومالك الى ان الكفاءة
غير معتبرة الا في الدين وفي البدائع وهو قول الحسن البصري
والكرخي من اصحابنا وفي المبسوط قال الكرخي الاصح عندي
انه لا اعتبار بالكفاءة في النكاح وعن الثوري وابن حنبل الا بدين

اعتبار الكفاءة في النكاح ولا يشترط الا تراضي الولي والمراة وعنه
في الرجل يشرب المسكر وهو خاطب يفرق بينهما لان التزويج عن كفو
تصرف في حق من يحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها
بغير اذنها وفي البسيط وذهب الشيعة الى ان نكاح العلويات
ممتنع على غيرهم مع التراضي وهما قولان على ما نذكره ان شاء الله تعالى
استدل من لم يشترط الكفاءة الا في الدين او لم يشترطها اصلا بحديث
ابي هند الذي حجم رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليافوخ فقال النبي
عليه السلام يا بني بياضة انكحوا ابا هند وانكحوا اليه وقال ان
كان في شيء مما تداوون به خير فالحجامة رواه ابو داود وقيل
اسم ابي هند عبد الله وهو مولى فروة بن عمرو البياضي من بني بياضة
بطن من الانصار نسبه اليه غير واحد من الصحابة ويمكن
ان يكون ذلك امر ندب لما هو انفع لهم في الدنيا ولا نهي عن تزويج اهل
الصلاح وعن ابي حاتم المزني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا اتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه الا تفعلوه تكن فتنة في
الارض وفساد كبير الحديث الترمذي وعن عايشة رضي الله عنها
ان ابا حذيفة بن عتبة بن ربيعة ممن شهد بدرا مع النبي عليه السلام
تبنى سالما وانكحه ابنة اخيه الوليد بن عتبة بن ربيعة وكان سالم
مولى لامراة من الانصار رواه البخاري والنسائي وابو داود
وكانت اخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال رواه الدارقطني وقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس انكحي اسامة بن زيد
مولاه بامره صلى الله عليه وسلم متفق عليه وقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى والله تعالى
اعلم بالصواب

وانشدوا

الا انما التقوى هو العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقي نقيصة اذا حقق التقوى ولو حاك او حجم

وحجة الائمة الثلثة في اشتراط الكفاءة وصحة النكاح بعدمها عند الرضى
قوله عليه السلام الا لا تزوج النساء الا الاولياء ولا تزوجن الا من الاكفاء
رواه الدارقطني والبيهقي قال ابو عمر بن عبد البر هذا ضعيف لا اصل
له ولا يحتج بمثله قلت والصحيح انها ليست بشرط بل هي معتبرة
في الجملة وقال البيهقي ضعيف بمرة وعن عمر رضي الله عنه قال لامنعن
فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء رواه الدارقطني وللجلال وعن
سلمان انتم معشر العرب لا نتقدم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم ان الله فضلكم
علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ذكره في المغني ولان انتظام المصالح
انما يحصل بين المتكافئين عادة اذ الشريفة تابى ان تكون تحت الخسيس
مستفرشة له فلا بد من اعتبار الكفاءة بخلاف جانبها لان
الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش ولا يعيره بها وفي المحيط
الكفاءة من جانب النساء غير معتبرة عند ابي حنيفة قلت
وهو الصحيح من مذهب الشافعي وابن حنبل وعندهما معتبرة
استحسانا نص عليه محمد في الجامع الصغير وفي البدايع ومن المشايخ
من قال انها معتبرة عندهما لاجل مسئلة الجامع الصغير قال ولا دلالة
فيها لان من اصلهما ان المطلق تتقيد بالمتعارف وليس في العرف
تزوج الامراء بالاماء وقد نص محمد على القياس والاستحسان في
المسئلة التي ذكروها في وكالة الاصل فلم تكن هذه المسئلة دليلا على
اعتبار الكفاءة من الجانبين وفي الذخيرة وروى هشام عن ابي
يوسف انه لو تزوج امراة على انها قرشية وظهرت نبطية فله
الخيار عندهما وعند ابي حنيفة لا خيار له وفي المرغيناني الكفاءة
في النساء غير معتبرة عنده وعندهما معتبرة ويروى غير معتبرة
حتى لم يكن للاولياء به الاعتراض على الامير اذا تزوج وضيعة وفي
المفيد والمزيد غير معتبرة في ظاهر الرواية وما تعتبر عندهما
والكرخي رحمه الله يقول الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح

وهو الدماء فلان لا تعتبر في النكاح كان اولى وتمسك ايضا ببعض ما
ذكرناه من الاثار لكن هذا غير لازم لان الكفاءة لا تعتبر
في الدين في باب الدماء حتى يقتل المسلم بالذمي عندنا ولا كذلك
في النكاح وقوله عليه السلام ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى
اي في الاخرة والا ففي الدنيا ما ثبت فضل العربي على العجمي بالاجماع
ولا التفات الى الشعوبية بضم الشين المعجمة وهم الذين يفضلون
العجم على العرب وقياسه على القصاص فاسد لانه شرع
لمصلحة بقاء الحياة فلو لم يقتل الشريف بالوضيع فاتت مصلحة
الحياة والكفاءة في النكاح بخلافه اذ بفواتها يفوت بقاء النكاح
قوله ثم الكفاءة تعتبر في النسب وفي المبسوط الكفاءة
تعتبر في خمسة اشياء النسب والحرية والمال والحرف والحسب
وفي المرغيناني تعتبر في ستة اشياء في النسب والحرية
والمال والاسلام والعقل والتقوى وفي المنهاج عند الشافعي
تعتبر الكفاءة في سلامة العيوب التي ترد بها والنسب والحرية
والحرفة والعفة وهي خمس ومثله عن ابن حنبل وعنه الدين
والمنصب اما النسب فقريش بعضهم اكفاء لبعض يدخل فيه
بنو هاشم وبنو المطلب خلافا للشافعي فيهما ولابن حنبل في قول
وعنه العرب بعضهم اكفاء لبعض لما روي عنه عليه السلام
انه قال قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم
اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل
برجل انما ذكرته بصيغة التمريض لاني لم اجده في كتب الحديث
وانما ذكر في كتب الفقه فلهذا لم اجزم به وانما قال في الموالي رجل
برجل لان النسب لا يعتبر عندهم لانهم ضيعوا انسابهم ولا يفتخرون
بها ولا يعتبر النسب في حقهم من قبيلة ولا بطن ولا فخذ وانما يفتخرون
بالاسلام والحرية وتسمى العجم موالي لان بلادهم فتحت بايدي العرب

وللعرب استرقاقهم فاذا تركوهم احرارا فكانهم اعتقوهم والموالي هم المعتقون
وقيل سموا بذلك لنصرتهم للعرب لانهم تبع لهم في القتال والاتباع
يقاتلون بين يدي الرؤساء لنصرتهم والمولى هو الناصر وفي البيهقي
عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم العرب بعضها اكفاء لبعض
قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضها اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة
ورجل برجل الا حائكا او حجاما وعن محمد بن علي عنه عليه السلام
اختار من العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني
هاشم مرسل وعنه صلى الله عليه وسلم العرب للعرب اكفاء والموالي
اكفاء للموالي والاصح من مذهب الشافعي اعتبار نسب العجم كالعرب
والعجمي ليس كفوا العربية والعربي غير القرشي ونحوه غير كفو
القرشية وفي البدائع وقريش كفو جميع العرب كالهاشمي والمطلبي
والنوفلي والاموي والعبشمي والزهري والتيمي والعدوي وحاصله
ان هاشما وعبد شمس والمطلب ونوفلا هم اولاد عبد مناف
ابن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب فالاربعة اولاد جد رسول
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعثمان رضي الله عنه اموي منسوب
الى امية بن عبد شمس بن عبد مناف وابو بكر الصديق
رضي الله عنه تيمي منسوب الى تيم بن مرة بن كعب وعمر رضي الله عنه
منسوب الى عدي بن كعب بن لؤي بن غالب وهؤلاء سادات قريش بعضهم
اكفاء لبعض لما احتمله كلامهم للخلافة بخلاف العرب غير قريش ليست
كفوا القريش لعدم مساواتهم القريش لانهم لا يصلحون للخلافة
وفي المغني عن ابن عباس قريش بعضهم اكفاء لبعض ويدل على صحة
مذهبنا ان عمر بن الخطاب خطب ام كلثوم بنت علي بن ابي طالب
بنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي هاشمية وعمر
رضي الله عنه عدوي وقريش يجمعهما فقال له علي رضي الله عنهما
انها صغيرة فقال له عمر زوجنيها يا ابا الحسن فاني ارصد من كرامتها

ما لا يرصد احد فقال له علي انا ابعثها اليك فان رضيتها فقد زوجتكها
فبعثها اليه ببرد وقال لتقولي له هذا البرد الذي قلت لك فتزوجها
علي مهر اربعين الفا فولدت له زيد بن عمر الاكبر ورقية بنت عمر
رضي الله عنهم ولا ريب في عدم بلوغها اذ لو كانت بالغة ما قال علي
انها صغيرة ولا ذهبت هي الى عمر وهي بالغة ولا خرجت وحدها
من خدرها ولا قال علي انا ابعثها اليك فان رضيتها يعني لاجل
صغرها وعند الشافعي تزويج الاب الصغيرة من غير كفو لا
يصح وهو باطل في الاظهر بمعنى لا خيار لها اذا بلغت ولم
ينفك ولا خيار في ذلك ولا توهمه احد منهما فدل على ثبوت الكفاءة
ب وهذا ذكره ابو عمر بن عبد البر النمري حافظ المغرب في الاستيعاب
وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي وهي
هاشمية وتزوج المصعب بن الزبير سكينة بنت الحسين اخت
فاطمة ذكر ذلك كله في المغني ولم يذكر منهم اسقاط الكفاءة والنهي
بعدم الكفاءة وفي المبسوط افضل الناس نسبا بنو هاشم واسمه
عمرو ثم قريش ثم العرب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله
اختار من الناس العرب واختار من العرب قريشا ومن قريش
بني هاشم واختارني من بني هاشم ولا فخر اراد عليه السلام اظهار
منة الله تعالى على نفسه بذلك دون الافتخار والتذكير واعلام
امته بذلك قال ويدخل في قريش بنو هاشم وان كانوا افضل ولا
يعتبر هذا القدر من التفاوت في الفضل كما لا يعتبر التفاوت
في العلم والفقه والتجارة قال وقد زوج رسول الله صلى الله عليه
وسلم ابنته من عثمان وكان امويا عبشميا لا هاشميا وقالت الشعوبية
العجم افضل من العرب وهم قوم من العجم يصغرون شان العرب نسبوا
الى الشعوب جمع شعب بفتح الشين في المفرد وضمها في الجمع وهو الحد
الاعلى منه تتشعب القبائل ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة

ويأتي ذلك في الوصايا مستوفا ان شا الله تعالى ونظيره في النسبة الى الجمع انباوي في ابنا فارس وقيل غلب ذلك على جيل من العجم حتى قيل لمحتقر امر العرب شعوبي وان لم يكن منهم كانصاري وكلابي وقيل جاز ذلك لانه لم يرد به معنى الجمع بل اريد به لفظه شعوب فلم يكن نسبًا الى الجمع سموا بذلك لتعلقهم بقوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبايل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقيل ان منهم ابا عبيدة معمر بن المثنى وله كتاب في مثالب العرب ولابن الغرسية رسالة في ذم العرب وتفضيل العجم عليها وتفاهي لابن سيله صاحب الحكم وقد انشد بعض الشعوبية الصاحب ابا القاسم اسماعيل بن عباد يمدحه شعر

غنينا بالطبول عن الطلول ... وعن عيس عذافرة دمول
فلست بتارك ايوان كسرى ... لتوضح او لحومل فالدخول
وضب بالفلا ساع وذيب ... بها يعوي وليث وسط غيل
اذا ذبحوا فذلك يوم عيد ... وان نحروا ففي عرس جليل
بانه رتبة قدما سموها ... على ذي كل اهل والشرف الاصيل
اما لو لم يكن للفرس الا ... التجار الصاحب الموالي الاصيل
لكان لهم بذلك خير عز ... وجيلهم بذلك خير جيل

فقال له الصاحب قدك ثم قال لاخيه بديع الزمان فاجابه مرتجلا شعر

اراك على شفا خطر مهول ... بما اودعت راسك من فضول
طلبت على مكارمنا دليلا ... متى احتاج النهار الى دليل
الستنا الصارمين حري عليكم ... وان الكرك اتعد بالدليل
متى قرع المنابر فارسي ... متى عرف الاغر من الحجول
متى علقت واشبها زعيم ... الف الفرس اطراف الخيول
فخرت بملء ماضغيك فخرا ... على قحطان والليث الاصيل

فخرت بان ماكولا وليسا ... وذلك فخر ربات الحجول
ففاخرهن في حر اسيل ... ومرجع عن ميارقه الرسيل

فقال الصاحب للشعوبي كيف ترى وجائزتك جوازك ان وجدتك بعدها في ملكي ضربت عنقك وقول المحب طلبت على مكارمنا دليلا الظاهر انه اخذ هذا من قول الشعوبي بانه رتبة قدما سموها والغالب من حاله ان كان لرتبة التي سموا بها وفضلوا على غيرهم لا الاستفهام والسوال عنها وعن محمد اذا كانت المراة من بيت مشهور في قريش كبيت الخلافة لا يكون غيره من قريش كفوا لها فاله تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وفي خزانة الاكمل وقريش بعضهم اكفا لبعض الا من كان من بيت الشرف كالخلافة وكذا العرب بعضهم اكفا لبعض الا اهل بيت معروف ونوا باهله ليسوا اكفوا لغيرهم من العرب لانهم يعرفون بالخساسة والدناءة هكذا في المبسوط كما ذكره في الكتاب والظاهر انه نقله منه وروى ان رجلا قال يا رسول الله اتكافا دماونا قال نعم لو قتلت رجلا من باهلة لقتلتك به والله اعلم بالصواب وانشدوا

ولو قيل للكلب يا باهلي ... عوى الكلب من لوم هذا النسب

وفيه والكفاة معتبرة من حيث النسب وقال الثوري لا تعتبر قيل لانه كان من العرب فتواضع وراى ان الموالي اكفا لهم وابو حنيفة رحمه الله عليه كان من الموالي فتواضع ولم ير نفسه كفوا للعرب واما الحرية فالعبد لا يكون كفوا للحرة عند كل من يشترط الكفاة وفي المبسوط والمعتق لا يكون كفوا للحرة الاصل والمعتق ابوه لا يكون كفوا لامراة لها ابوان في الحرية ومثله في المحيط ومن له ابوان في الحرية فهو كفو لمن كان له ابا ام والمعتق كفو لمثله وموالي العرب اكفا لموالي قريش لقوله صلى الله

عليه وسلم الموالي بعضهم اكفاء لبعض ذكره في البدائع وكذا الاسبيجابي
ومولى العرب لا يكون كفوا لمولاة الهاشمي وأما الاسلام
فمن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب وجد في الاسلام ومن
له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام
ومن له ابوان في الاسلام كان كفوا لمن له آباء في الاسلام وهكذا
في البدائع والاسبيجابي وقيل هذا في موضع طال عهد الاسلام فيه
وامتد أما اذا كان في مكان عهد الاسلام فيه قريب بحيث لا يعبو
به ولا يعد عيبا وعارا ولا يلحق الشين والنقيصة فيه بذلك
فلا يعتبر قال علي البزدوي الفقيه كفو للعلوية ولذا الرجل
لعتق المرأة فهو كفو لها لان في كل واحد نقصا فعلى هذا العالم العجمي
كفو للعربي الجاهل ولذا الفقير الفقيه كفو للغني الجاهل وقالت
الحسب كفو للنسب حتى ان الفقيه يكون كفوا للعلوية ذكره
قاضي خان والعتابي في جوامع الفقه وفي الينابيع والعالم كفو
للعربية والعلوية والاصح انه لا يكون كفوا للعلوية وفي المغني ان
من عتق او اسلم فهو كفو لمن له ابوان في الاسلام والحرية عند
ابن حنبل واحتج بان الصحابة رضي الله عنهم اكثرهم اسلموا وكانوا
افضل الامة قلت لا حجة له فيه لانه لم يكن احد في زمانهم
اعلى درجة منهم في الاسلام فكانوا افضل الخلق بالخصال التي
اجتمعت فيهم والآن الناس يعيرون بالعتق وبمن اسلم بنفسه لاثر
الرق اثر الكفر ولذا من اسلم بنفسه لسبق الكفر فيه وليس هو
كمسلم من مسلم بين الناس وقد يكون خيرا منه عند الله تعالى
لان الاسلام يجب ما قبله قال ولا يتم لانهم غير اكفاء للتابعين والله اعلم
قلت انما لا يكافئ ذلك لترك الادب معهم ولما فيهم من خصال
الكمال التي لا توجد فيمن بعدهم وعن ابي يوسف رحمه الله ان من اسلم
بنفسه واعتق وحاز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر وحريته

اباه كان كفوا له وعند الشافعي رضي الله عنه الاصح ان بعض الخصال
لا يقابل ببعض ذكره في المنهاج وفي جوامع الفقه لو كان رجل معتقا او
كان كافرا فأسلم لا يكون كفوا لامرأة مهاجرة الاصل وابوها معتق
وقيل لا رواية في هذه المسألة وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه
في التعريف يعني انه يكتفي في الغائب بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر
الجد عنده والله اعلم قلت هذا اذا كان في بلد صغير لا يشارك
احد في اسمه اما لو كان هنالك من يشاركه في اسمه واسم ابيه وجده
لا يكتفي بذلك حتى يذكر ما يميزه عنه وفي المبسوط عن ابي يوسف
رحمه الله الاكتفاء بالاب والصحيح ظاهر الرواية فالمذكور عنه
في الكتاب رواية واما الدين اي الديانة والتقوى والورع فانها
معتبرة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومالك والشافعي وابن حنبل رحمهم
الله وهو الصحيح وبنات الصالحين لا يكافئ فيها الفاسق اذ التفاخر
بذلك احق المفاخر واولى المآثر ذكره في المحيط والبدائع وقال محمد ذلك
من امور الآخرة فلا يعتبر حكم الدنيا به الا ان يكون فاحشا يصفع
ويضحك عليه ويسخر به وفي البدائع عن ابي يوسف رحمه الله ان كان
فاسقا معلنا بالفسق لا يكون كفوا فان كان مستترا به يكون كفوا
وقال محمد او يخرج سكران وتعبث به الصبيان وفي الحاوي ذكر شيخ
الاسلام ان الفاسق لا يكون كفوا للعدل عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يكن
معلن الفسق وقال شمس الائمة السرخسي والصحيح ان التقوى والحسب
غير معتبرة في الكفاءة عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رضي
الله عنه اعتبار الكفاءة في الحسب دون التقوى وفسر الحسب بمكارم
الاخلاق ومن يسكر ويعربد ولا يسكن في الموضع الذي يسكر فيه
ويستهزأ به لا يكون كفوا لامرأة صالحة من اهل البيوتات ذكره
الحلواني عن ابي يوسف وقال السرخسي وقول محمد يوافقه وعليه الفتوى
وفي المحيط عن ابي يوسف اذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفو لها وانما يريد

اعوان الظلمة واما المال فالكفاءة فيه معتبرة في ظاهر الرواية
ذكره في المحيط والذخيرة والبدائع وفي المغني قال عليه السلام احساب
الناس في هذه الدنيا هذا المال وقال الحسب المال وقال
واما معوية فصعلوك لا مال له والله اعلم ش

وقال نبيه بن الحجاج السهمي شعر

سالتاني الطلاق ان راتاني　　قل مالي قد جئتماني بنكر
ويكان من له نشب يحبب　　ومن يفتقر يعش عيش ضر

والحديثان الاولان رواهما البيهقي والثالث مسلم وفي رواية
الحسن بن زياد عن ابي يوسف لا يعتبر ثم في ظاهر الرواية
المعتبر فيه القدرة على المهر والنفقة وان كانت هي ذات اموال
كثيرة فانه في المغني هو الصحيح من المذهب ذكره في الذخيرة
وفي المحيط وفي رواية الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف ان
كان يملك النفقة دون المهر يكون كفوا وهكذا في البدائع وعن
ابي حنيفة ومحمد ان مالك النفقة لا يكون كفوا للفائقة في الغنى
وفي البدائع في غير رواية الاصول نسبا وهما في الغنى شرط
الكفاءة عند ابي حنيفة ومحمد وليس بصحيح وفي المحيط
قال ابو يوسف ان كان يقدر على ايفاء المعجل بالبدو وعلى يكسب
ما ينفق عليها يوما بيوم فهو كفوها لان المال غاد ورائح
فلا يعتبر والغادي الذاهب من اول النهار الى الزوال والرائح
من الزوال الى اخر النهار والمراد بهما هنا مطلق الذهاب
ولم يذكر في الاصل الا القدرة على المهر والنفقة يتناول
الكسوة لانها مما ينفق والمراد بالمهر معجله في العرف والعادة
دون ما في الذمة وقيل ان كان الرجل ذا جاه كالسلطان
والعالم فهو كفو وان لم يملك الا النفقة وفي الذخيرة ان قدر
على نفقتها بالكسب ولم يقدر على المهر اختلفوا فيه واكثرهم

انه لا يكون كفوا وذكر هشام عن ابي يوسف انه يكون كفوا وهكذا روي
عن محمد وفي المستصفى عن مجاهد اذا كان الرجل يقدر على المهر والنفقة
لستة اشهر فهو كفو ولم يذكر القياس وفي المبسوط والمراد
من المهر ما تعارفوا تعجيله وما عداه مؤجل عرفا فلا يشترط
القدرة عليه في الكفاءة وان كان نحلا وفيه ايضا عن ابي يوسف
اذا كان يكتسب كل يوم ما ينفق عليها مع القدرة على المعجل فهو
كفوها وهو الصحيح وفي الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد
نفقة نفسه فهو كفو ولو كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع
فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها فيكتفي بالقدرة
على المهر واليه اشار ابن رستم في نوادره وفي فتاوى اهل
سمرقند زوج اخته الصغيرة من صبي فقبل عنه ابوه ولا يقدر
على المهر وابوه غني جاز وان لم يقدر الصبي على المهر والنفقة
وابوه غني فمنهم من جعله كفوا لها لانه يعد غنيا بغنى ابيه ولم
يفصل بين المهر والنفقة قال في الذخيرة وهو اعجب الي ومن
له الف وعليه الف دين فهو كفو اذا تزوجها على الف لانه يودي
اي الدينين شاء بالالف وفي منية المفتي من لم يملك النفقة لا
يكون كفوا لموسرة كانت المراة او معسرة وفي جوامع الفقه ولد
الغني ان قدر على المهر دون النفقة وعلى عكسه فهو كفو لان ولد
الغني كفو للغنية اذ يعد غنيا بغنى ابيه وفي الحاوي سئل
ابو نصر الدبوسي عن ولي غير الاب والجد زوج صغيرة من
غير كفو يعني من لا يقدر على المهر والنفقة قال لم يصح النكاح
وبه كان يفتي ابو بكر العاصي وغيره وقال بعض اصحابنا يجوز
النكاح والاول اصح وفي خزانة الاكمل زوج ابنة اخيه وهي موسرة
والزوج فقير ولامها ان تفرق بينهما اذا لم يقدر على المهر والنفقة
وفي المنهاج للنووي الاصح ان اليسار لا يعتبر واما الصنائع والحرف

فالكفاءة فيها معتبرة عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله روايتان
وعن ابي يوسف انه لا تعتبر الا ان تفحش كالحايك والحجام والدباغ
والكناس والحلاق وفي الينابيع تعتبر عند ابي يوسف وعندهما
لا تعتبر وفي الجامع الصغير تعتبر عندهما وعند ابي يوسف
لا تعتبر الا ان تفحش كالحايك الى اخرها والاكثر على الاول
وفي المحيط وكذا الكفاءة في الحرفة وقال ابو يوسف لا تعتبر
الا ان تفحش كالحايك والحجام والدباغ والكناس فانه لا
يكون كفوا لابنة عطار وبزاز وتاجر وصيرفي وجوهري
وقال يدل بقول ابي هريرة رضي الله عنه ان الناس بعضهم اكفا
لبعض الا الحايك والحجام وفي رواية والدباغ وقال مشايخنا
وزاد بعضهم الكناس فواحد من هؤلاء الاربعة لا يكون كفوا
للصيرفي والجوهري والاربعة بعضهم اكفا لبعض والصفار
كفو للحداد والعطار كفو للبزاز وقال الحلواني وعليه الفتوى
ذكره في الذخيرة وذكر القاضي اعتبار الكفاءة في الحرف
في شرح مختصر الطحاوي ولم يذكر الخلاف وذكر الكرخي
ان الكفاءة معتبرة عند ابي يوسف وابو حنيفة لم يعتبرها
وبنى الامر على عادة العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال
ولا يقصدون بها الحرف وابو يوسف اجاب على عادة اهل
البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة ويعيرون بالدني منها
ولا يكون بينهما خلاف وقال القاضي في شرح مختصر الطحاوي
ان اتحدت الحرفة او اختلفت وتقاربت ثبتت الكفاءة بينهما
كالبزاز مع الصايغ والصايغ مع العطار والجوهري والحايك
مع الحجام والحجام مع الدباغ والحلاق والكناس ولا تثبت
مع عدم التقارب كالبيطار مع العطار والخراز مع البزاز
وفي الذخيرة روى ابراهيم عن محمد ان من كان له اب واحد

في الاسلام وله الفضل ودين فهو كفو لمن له ابوان في الاسلام
ولذا في الحرية وروى المعلى عن ابي يوسف ان من اسلم على يد
انسان لا يكون كفوا لمولى العتاقة وذكر ابن سماعة عنه
ان من اسلم على يد رجل فهو كفو لمعتقه وفي شرح الطحاوي
ان معتق اشرف القوم يكون كفوا للموالي لان له شرف
الولاء ولهم شرف اسلام الاباء ومولى الوضيع لا يكون كفوا
لمولاة اشرف القوم حتى ان معتق العربي لا يكون كفو المعتقة
الهاشمي وقد تقدم بعض هذه المسائل وفي الحاوي القروي
كفو للمدني والعالم كفو للعلوية وعند الشافعي صاحب
الحرفة الدنية ليس كفوا لارفع فالكناس والحجام والدباغ
والحارس والسائس والراعي والقيم اي البلان في الحمام
ليس كفوا لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر
ولا هما لبنت عالم وقاضي وفي المغني كالحايك والحجام والحارس
والكساح والدباغ والقيم والحمامي والزبال وفي الحديث
العرب بعضهم اكفا لبعض الا حايكا او حجاما قيل لابن حنبل
كيف تاخذ به واستضعفه قال العمل عليه وفي التفسير
قيل الارذلون هم الحاكة والرذالة والسفلة الخسة والله اعلم
فرع من جنس ما تقدم في قنية المنية رجل ارتد
والعياذ بالله ثم اسلم فهو كفو لمن لم يجر عليه ردة واكل الربا
ليس بكفو لبنت الدهقان وان كانت معسرة وقيل هو كفو
واما الكفاءة في العقل فقد قال في المحيط والمبسوط لا رواية
فيها وفيه عن المتقدمين من اصحابنا ثم قيل لا يعتبر لانه
نوع مرض فيعتبر بسائر الامراض وقيل يعتبر فلا يكون
المجنون كفوا للعاقلة لان الجنون يفوت مقاصد النكاح فهو
اشد من الفقر ودناءة الحرفة قلت هذا هو الحق الذي

يشعر القول به وفي المرغيناني لا يكون المجنون كفوًا للعاقلة وعند
بقية الائمة هو من العيوب التي يفسخ النكاح بها عندهم
مسئلة ذكرها في المبسوط والتحفة مكانها قبله ان الكفاءة
في الحرف لا تعتبر عند ابي حنيفة في اظهر الروايتين عنه حتى
يكون البيطار كفوًا للعطار لانه يمكنه الانتقال من حرفة
الى حرفة وعنه ان الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام
وعن ابي يوسف تعتبر الكفاءة فيها وهو اظهر الروايتين عن محمد
ثم قيل هو اختلاف عصر وزمان فكانه في زمن ابي حنيفة لم يعدوا
الدناءة في الحرفة منقصة لانهم لم يكونوا ينظرون الا الى التقوى
وفي التحفة ابو يوسف اجاب على عادة العرب لانهم اتخذوا اهل
الصنائع حرفة ويعيرون بها الدنية فلم يكن بينهما خلاف ففي
بلد يكون عادتهم التعيير والتفاخر في الحرف تعتبر فيه الكفاءة
بالاتفاق تزوج امراة وغير اسمه ونسبه فعلمت ان المكتوم اشرف
فلا خيار لها لعدم الضرر وعن ابي يوسف لها الخيار لان
الزوج يتشرف به عليها ولم ترض به وفي البدائع والذخيرة
جعله قول ابي يوسف وكذا في المجرد وكذا روى عن ابي حنيفة
قال قاضي خان لا وجه لهذا وان كان دون من الظاهر وهو
كفوها فلها الخيار دون اوليائها قال في الذخيرة عند علمائنا
الثلثة وان لم يكن كفوًا لها فالخيار لها ولاوليائها وان كان الكتمان
من جانبها فلا خيار له ولو زوجها باذنها من زوج ولم تعلم اكفو
هو ام لا فظهر عبدًا ماذونًا له في النكاح فلا خيار لها ولو اخبر
الزوج انه حر وباقي المسئلة بحالها فلهما الخيار وهذا يدل على
ان المراة اذا زوجت نفسها ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم انه كفو
ام لا فلا خيار لها اذا ظهر غير كفو وكذا للاولياء اذا زوجوها
لذلك لم يعلموا عدم الكفاءة ثم علموا اما اذا اشترطوا الكفاءة او

اخبروها ثم ظهر غير كفو فلهم الخيار وفي منية المفتي زوجت
نفسها او وطئ من غير شرط الكفاءة فظهر غير كفو فلا خيار
لها ولا له وان شرطت الكفاءة فظهر غير كفو فلهم الخيار وفي
المرغيناني ولو زوجها الولي برضاها ولم يعلم انه غير كفو
ثم علم فلا خيار لها ولا للولي نص عليه في اخر باب الكفاءة من
الاصل وفي المبسوط في مسئلة الكتمان ان تقدم للمسئلة فعن الله اقوال
قول لمولانا وقول لمقول لا تقرانه لا خيار لها وقول ان النكاح
باطل لانه غير ذلك الرجل قلت الا ان قيل جمع الاقوال
لا يصدق على اقل من تسعة اقوال فجعل الثلاثة وثلثه اقوال
غير ظاهر الصحة قال شمس الائمة السرخسي للكتاب نقول الاشارة
والتسمية اذا اجتمعتا فالعبرة للاشارة دون التسمية والله اعلم
قلت اذا كان المشار اليه من جنس المسمى وهنا كذلك
قال وهذا ونحوه يستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا
يخفى عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريقها لا يمكنه هذا
الجواب ومن هذا الجانب يشير الى الجواب الاربعة يعلم انه
لا علم له بطريق اصلا قلت وقد تحامل عليه في هذه المسئلة
وفقهه رحمه الله لا ينكر وفي المرغيناني السكران لا يكون كفوًا لاحد
الا لامثالهم وهم الذين يسخرون بهولاء المسخرين هكذا قاله الحلواني
ولا ينفسخ النكاح بزوال الكفاءة اذا كان كفوًا عند العقد وتعتبر
عند العقد لا بعد وهذا اجماع وفي جوامع الفقه لو قال انا فلان
ابن فلان ثم ظهر انه اخوه او عمه يستحق الفسخ فان زوجها
الولي بامرها ثم ظهر عبدًا فلا خيار لها وقد ذكرنا المسئلة قبل
هذا وفي الحاوي صغيرة زوجها ابوها له مطالبة الزوج بمهرها
وهي صغيرة وليس المهر كالنفقة وفي الجامع الاصغر زفت الصغيرة
الى منزل زوجها قبل اخذ تمام مهرها قال ابو نصر بن ابي سلام

من كان احق بامساكها قبل التزويج فهو احق بامساكها عن الزفاف
حتى يوجد مهرها والوصي هو الذي ياخذ مسئلة امتنع الاب
من تزويج الصغيرة لا تنتقل الولاية الى الجد بل يزوجها القاضي
وان لم يمتنع فزوجها القاضي لم يجز ذكره في نوادر ابن رستم
وذكر في نوادر ابي يوسف انه لو زوجها القاضي ولم يلتفت اليه
ذكره في الروضة مسئلة لو حضر الولي والقاضي للصلوة على
الجنازة يصلي الولي دون القاضي عنده فيحتاج الى الفرق
وعندهما يصلي القاضي وفي الحاوي صغيرة زوجها القاضي
ولها ابن عم حاضر لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي
من لا ولي له ولم يحك فيه خلافا وقال هلال في وقفه اذا شرط
الواقف النظر والولاية لنفسه فانه ليس للسلطان ولا للقاضي
ان يدخل عليه في ذلك الحال الا ان لا يصلح لذلك فكان الشرط باطلا
فينزع القاضي الوقف من يده ويولي غيره وقد ذكرنا بعض
هذه المسائل قبل هذا وفي الحاوي لو رضي الولي ثم طلقها طلقة
رجعية ثم راجعها لم يكن للولي اعتراض بخلاف البائن ولو قبض
المهر وجهز وفي المرغيناني وجهز به فهذا منه رضى وان لم يجهزها
به اختلفوا فيه والصحيح انه رضى بتسليم وان خاصمه في النفقة
وتقديرها عليه يكون له من غير قبض فهو رضى وتسليم استحسانا
هذا اذا كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي قبل مخاصمة الولي اياه
اما اذا لم يكن ثابتا عنده قبلها لا يكون رضى بالنكاح قياسا
واستحسانا وفي المنتقى عن ابن سماعة عن محمد في امراة تحت غير
كفو خاصمها اخوها في ذلك وابوها غائب غيبة منقطعة او
غيره ممن هو اقرب منه فادعى الزوج رضى الولي الاقرب ان اقام
البينة بذلك والا فرق بينهما وتقبل بينته عليه لانه خصم وفي المرغيناني
ابن العم يفسخ النكاح وان لم يكن محرما وفي الولوالجي زوجت نفسها

من غير كفوها

خامس عشر

من غير كفوها ان يمنع نفسها من الزوج حتى يرضى به وليها اختاره
ابو الليث قال وهو خلاف ظاهر الجواب وفي التتمة سكوت
الولي لا يسقط حقه وان طالت مدته وتفريق القاضي لعدم
الكفاءة فسخ ولا ينفرد من له حق الفسخ به والرضى في العقد
الاول لا يكون رضى كالشفيع اذا سلم في البيع الاول ثم بيع ثانيا
ياخذ بالشفعة في الثاني وفي المغني لابن قدامة قال احمد بن
حنبل لا يزوج العجمي ولا الموالي واذا زوج احد منهما ولا النبطيه
ونكست الحوبث فهو اسر من العجمي يفرق بينهما قوله واذا
تزوجت المراة ونقصت من مهرها فللاولياء الاعتراض عليها
عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم ذلك وقال صاحب الكتاب وهذا
الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح
بغير ولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه وفي الذخيرة
صح رجوع محمد الى قولهما قال ذكر في كتاب الوكيل لو قصرت في
مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليهما حتى يتم مهر مثلها او يفارقها
بتفريق القاضي واذا فرق بينهما لا يجب لها الا المسمى وعلى قول
ابي يوسف ليس لهم حق والنكاح جائز وعلى قول محمد انما يتاتى
هذا فيما اذا اكره السلطان رجلا على التزويج ولعله كفوا باقل من
مهر المثل برضاها ثم زال الاكراه فللولي حق الاعتراض على الزوج
حتى يتم مهرها او يفرق القاضي بينهما وعلى قولهما لا حق له في ذلك
لان النكاح صدر من الولي الا انه لم يوجد منه الرضى بنقصان المهر
فكان له الاعتراض عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما ولذا لو كانت المراة
مكرهة ثم زال الاكراه فلها حق الخصومة فان كانت زوجت نفسها بالف
ومهر مثلها الفان ولم يعلم الاولياء بذلك حتى ماتت فليس لهم مطالبة
الزوج بكمال المهر لان حقهم في احد شيئين اما كمال مهر مثلها او التفريق

فلو اثبتنا لهم التكميل بعد موتها لكون حقها في سببين فلو طلقها
الزوج ثلثا قبل اجازة الولي فعلى قول ابي حنيفه وابي يوسف
اولا لا يحل له ان يتزوجها قبل التزوج بزوج اخر وهو قول محمد المرجوع
اليه وعلى قوله الاول يحل ولا يحرم وفي الجامع الصغير لقاضي
خان هذه المسله تستقيم على قول ابي يوسف في اصح الروايتين
عنه وعند محمد لا يجوز تزويجها نفسها بغير اذن الولي وحملها
بعض المشايخ على كراهة الولي وبعضهم قال لا حاجه الى هذا التكليف
بل هو محمول على رجوع محمد الى قولهما في مسايل النكاح بغير ولي
وفي المحيط يتصور المسله عند محمد فيما اذا اكره الولي والمراة
على النكاح باقل من مهر المثل فرضيت المراة ليس للولي ان
لا يرضى به ولذا اذا زوجت نفسها باذن الولي هاهنا في النكاح من
غير ذكر المهر لها اقل من مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول
وجب لها نصف المسمى وفي المبسوط مثله وفي البدايع اذا زوجت
نفسها بغير اذن الولي ونقصت من مهرها نقصا لا يتغابن في مثله
فهذا يتفرع على اصل ابي حنيفه وزفر واحد الروايتين عن ابي
يوسف ورواية الرجوع عن محمد واما على اصل محمد في ظاهر الرواية
واحدى الروايتين عن ابي يوسف فانه يشكل التفريع عليهما
فيتصور المسله فيما اذا اذن لها في التزوج فزوجت نفسها
من غير كفو او نقصت من مهرها قال وذكر في الاصل صورة اخرى
وهي صورة اكراه الولي المراة على التزويج من غير كفو ونقص
المهر عن مهر المثل وقد تقدم ذلك وقوله انما يصح على قول
محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه وهذا بيان صادق عليه
فيه نظر مع ما ذكرناه من صور الامكان من غير رجوع الجمهور
ان ما زاد على العشرة عندنا والمهر مطلقا غير عندنا حقها لانه
عوض بضعها حتى لو زوجت على مهر او وطيت بشبهة كان المهر

والعقر لها دون الاوليا ومن اسقط حقه من غير حجر لا يعترض
عليه كما لو ابراته بعد العقد من صداقها ولابي حنيفه رضي
الله عنه ان الاوليا يفتخرون بغلا المهور ويعيرون بنقصانه
وقلته ونكسه فكان بمنزلة الكفاة وهذا لانها بالبخس في
المهر تضر بنسا قبيلتها وعشيرتها اذ مهور مثلهن عند تقادم
العهد بعشيرتها فكان النقص يلحقها الضرر بالقبيلة جميعا
فلهم دفع هذا الضرر عنهم باحد امرين اما بالتكميل او التفريق
بخلاف الابرا بعد العقد على مهر المثل لانه لا يعتبر فيه بل
هو من باب التكريم ومكارم الاخلاق قوله ولو زوج الاب
ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر
امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا
قول ابي حنيفه وبه قال احمد ابن حنبل في الاب وقال ابو
يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز فيهما الا بمهر المثل وبطل النقص
وتسقط الزيادة هذا قول الشافعي وكذا قول الظاهرية
واما عندهما فقد قال في الكتاب ان العقد لا يجوز لعدم
النظر وفي المبسوط وقال بعض اصحابنا النكاح صحيح عندهما
ايضا ويجب عليه مهر المثل لان فساد التسمية لا يوجب بطلان
النكاح كما لو لم يسم شيئا او سمى ما ليس بمال كالخمر والخنزير
والاصح ما ذكر في الكتاب ان لا نظر في هذا العقد عندهما
فلم ينعقد وفي الذخيرة اذا زاد الاب والجد على مهر المثل بفاحش
الغبن ما لا يجوز ولم يثبت له اصل فروى الحسن عن ابي يوسف
النكاح جايز والتسمية باطله وذكر هشام عن محمد ان النكاح
جايز وفي الجامع الصغير لا يجوز النكاح حتى لو اجازه بعد البلوغ
لا يجوز وفي المحيط لو كان الاب والجد عرفا بالمجانة والفسوق
في التزويج من غير الكفو ونقص المهر كان عقدهما باطلا بالاتفاق

وفي شرح الارشاد لم يكن لاربع الماية مهر مثل فاطمه لانها كانت
من العرب وهم افضل العرب ثم كانت من بني هاشم وهم افضل
قريش ثم كانت بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الاولين
والاخرين ثم كانت بشهادته سيدة نسا العالمين فلو كان
مهر مثلها مع ما حوت من هذه الفضايل لم يكن في الدنيا مهر
يبلغ اربع مايه درهم وفي المبسوط تزوج رسول الله صلى الله
عليه وسلم عايشه رضي الله عنها وعن ابيها على خمس مايه درهم
زوجها ابوها وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمه من علي
كرم الله وجهه على اربعماية درهم هي درعه منها اربعمايه درهم
رواه البيهقي ومعلوم ان ذلك لم يكن مهر مثلها لانه لو كان ذلك
مهر مثلها مع انها تجمع الفضايل والاصداق في الدنيا تزيد على ذلك
وعن عايشه رضي الله عنها انها قالت كان صداق نسا رسول الله
صلى الله عليه وسلم اثني عشر اوقيه ونشا قال المجاهد الاوقيه اربعون
درهما والنش عشرون درهما نصف اوقيه والنواة خمس دراهم
رواه مسلم وذكر ابن المنذر في الاشراف وخطب عمر بن الخطاب
رضي الله عنه الناس فقال الا لا تغالوا في صدق النسا فما اصدق رسول الله
صلى الله عليه وسلم احدا من نسايه ولا احدا من بناته اكثر من اثني
عشرة اوقيه وكان ذلك بمحضر من الصحابة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم ينكروه فكان اجماعا منهم على انه له ان يزوج بذلك وان كان دون
صداق المثل وفي الاشراف تزوج ابن عمر صفيه على عشرة الاف درهم
وكان يزوج بناته على عشرة الاف درهم واصدق النجاشي ام حبيبه بنت
ابي سفيان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم على اربعة الاف درهم وذكر الحديث البيهقي
اربعمايه دينار وذلك اربعة الاف درهم ايضا وروي عن عمر رضي الله عنه انه تزوج ام
كلثوم بنت علي من فاطمه رضي الله عنهم على اربعين الفا وتزوج الحسن
ابن علي رضي الله عنهما امراة فساق اليها بماية جاريه مع كل جاريه الف درهم

ويزوج ابن عباس رضي الله عنهما سميه على عشرة الاف درهم وتزوج
انس رضي الله عنه امراته على عشرة الاف درهم ذكره ابن المنذر فعلم ان
مهر عايشه وفاطمه رضي الله عنهما لم يكن مهر المثل اذ شان ابن عمر لا يكن
عايشه وفاطمه رضي الله عنهما ولان المقصود من النكاح الازدواج والتوالد
والتناسل دون المال بخلاف البيع فان المقصود منه المال والثمن ولهذا
لم يملك المال غير الاب والجد لوفور شفقتهما قدرانا من المصلحة ما يربو على النقص
والزيادة لوفور شفقتهما وغيرهما لم يكونوا مظنته لذلك وفي المهر لغير
وفي غير الاب تفسد التسميه ويجب مهر المثل على الزوج ويضمنه الولي
لتفريطه والصغير مثل الصغيره ومنع القاضي منهم ذلك وعندنا لا يطالب
بذلك الا ان يضمنه في ذمته وهو قول الشافعي ونص ابو محمد
علي ابن حزم في المحلي وابطل قول من اوجب لضمان على الولي من غير ضمان
واذا زوج ابنه الصغير بنتا فالصداق في ذمة الابن عندنا موسرا كان الابن
او معسرا وهو قول الحسن بن ابي الحسن والاوزاعي والثوري والحكم وقتاده
واسحق وابن حنبل واختاره ابن المنذر وبوجوبه على الاب قال يحيى بن سعيد الانصاري نصاري
وحماد بن ابي سليمان شيخ الامام وهو قول الشافعي ومالك في الثاني الابن
المعسر على الاب وفي الموسر على الابن وقال ابن حنبل في احدى الروايتين عنه
يكون في ضمان الاب كما لو نطق بالضمان وفي الرواية الاخرى عنه لا ضمان عليه
قال القاضي منهم وهو اصح الروايتان في المعسر وفي ادب القاضي للناطفي
الاول قول علي وابن عباس وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم ونص في مصنف ابي
بكر بن ابي شيبه على قول ابن عمر وعن علي رضي الله عنه الصداق على من اخذ
بالساق ولا يجوز تسويب البدل على غير من يسلم له المبدل وحل كالبيع
والاجارات وغيرها وفي المنهاج لا يجوز للاب تزويج مجنون صغير ولا كبير
الا لحاجة فواحده ولو تزويج صغير عاقل اكثر من واحده ويزوج
المجنونه اب او جد ان ظهرت المصلحه ولا يشترط الحاجه ومن زوج ابنته
وهي صغيره عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة جاز عند ابي حنيفه

وهو لا يشترط الكفاءة خلافا لهما وقد ذكرنا وجه القولين في المهر وعند
الشافعي لا يصح من غير كفو في احد القولين وفي الآخر يصح ويثبت الخيار
وليس له تزويج ابنه الصغير امة عند الثلاثة من الائمة لعدم خوف العنت
على اهله ولا تزويجه المعيبة على المذهب ويجوز له تزويج من لا يكافيه
في الخصال على الاصح ذكر ذلك في المنهاج وفيه ولو زوجها السلطان بطلبها من غير
كفو وليس لها ولي لم يصح في الاصح مسألة اذا رضي احد الاولياء المساويين
في الدرجة باسقاط حقه في الكفاءة لم يكن للباقين ولاية الفسخ عند ابي
حنيفة ومحمد وهو قول زفر عند ركن الدين امام زاده وقال ابو يوسف وزفر
والشافعي للباقين فسخه وفي قول آخر للشافعي لا يصح العقد وان زوجت نفسها
من غير كفو نفذ في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وهو قولهما آخرا ذكره في الذخيرة
ويجري فيه التوارث قبل تفريق القاضي ويصح ايلاؤه وظهاره ويقع طلاقه
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا ينعقد وللولي فسخه بالاتفاق وعند ابن حنبل
في ظاهر قوله لا يصح العقد من غير كفو مع التراضي على اسقاط الكفاءة وعلى
القول الآخر يصح ويفسخه من لم يرض بعدم الكفاءة وان كان المباشر للعقد
اقرب منه كما لو زوجها ابوها من غير كفو وللاخوة فسخه قالوا لكل واحد
من الاولياء حق الفسخ للعار الذي يلحقهم بسببه ولا يسقط برضى الواحد
منهم لرضاها وحدها قاله ابن قدامة في المغني فصار كما لو زوجها بدون مهر المثل
فللباقين فسخه عندهم مع انه خالص حقها قلت نقله خطأ والزامه بغير
صحيح ولو نقص من مهرها فلا اعتراض عليها عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي حنيفة حكمه حكم التزويج من غير كفو ولابي حنيفة ومحمد ان الحق غير متجزئ
ثبت لكل واحد على سبيل الكمال كالامان كما قلنا في الامان في دار الحرب من واحد
فانه يصح ويسقط حق بقية الغانمين من الاستغنام والاسترقاق للمعنى
الذي قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح في حق المسقط ومن ضرورته سقوطه
في حق الباقين لانه لو لم يسقط في حق غيره لكان اذا استوفاه كان مستوفيا
حق الغير الساقط ولم يكن لسقوطه فائدة ولانه لو تمكن بعد اسقاط الحق

من الكل ما خلا ولحق الغا اسقاط المسقط ولم يكن له اثر في السقوط
فكان جعل الاول دافعا للثاني اولى من جعل الثاني دافعا للاول لان الثابت اذ
الدفع اسهل من الرفع لما عرف وصار كعفو الواحد من الاولياء عن القصاص
فان حق الباقين يسقط في القصاص ولا يتوقف السقوط على اسقاط الباقين
وانما بقي حقهم فيما يحتمل التجزي وهو الدية لا فيما لا يحتمله هذا بخلاف حد القذف
فان المصدق منكم وجب حقه فكان الحق كله للباقين نظيره لو زعم
بعض الاولياء انه كفو وانكر الباقون واثبتوا كان لهم فسخه بحكم
الحاكم واما اذا رضيت هي بنفسها غير حق الاولياء ادخلها دار الافتراش للوضيع
وحقها انما روعيناه لنستبيح عن المصاهرة من لا يكافيهم الا ترى انه يثبت
لها الخيار بالعيوب عرض صحيح كما لو زوجت نفسها من رجل يزعم انه قرشي فبان
عربيا ثبت لها الخيار ولا خيار للاولياء لانها هي رغبت فيه ليكون ولدها قرشيا
صالحا للخلافة ويثبت لها الخيار بالجب والعنة وغيرهما من العيوب عندهم
ولا يثبت للاولياء فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها قوله ويجوز لابن
العم ان يزوج بنت عمه من نفسه واليه ذهب الحسن البصري وابن سيرين
وربيعة الرأي وقتادة والثوري وقال الاوزاعي ابو ثور واسحق وابن حنبل واجازه
ابو بكر بن المنذر في الاشراف وابن حزم في شرح المحلى وهو قول الظاهرية
وقال الشافعي لا يجوز ذلك وانما يزوجه ابن عمها في درجته فان فقد
فالقاضي ويزوج القاضي اذا كان وليها خليفته ومن لا يتوسط في العقد لا
بوكيل ولا وكيلين فيهما في الاصح ذكر ذلك كله في المنهاج ويزوج بنيابته من ابن ابنه
الآخر في الاصح ومثله عندنا المولى والحاكم والسلطان والولي لابن حزم
والحجة عليه فعل رسول الله صلعم فانه اعتق صفية مولاته فتزوجها وجعل
عتقها صداقها فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج مولاته من نفسه رواه
البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجة قال ابن حزم قال الله تعالى وقد فصل لكم ما
حرم عليكم وهذا لم يفصل لنا فلم يحرم علينا وروى البخاري ان عبد الرحمن بن
عوف قال لام حكيم اتجعلين امرك الي قالت نعم قال تزوجتك وعلقه بلفظ

واحد وهو المذهب وبه يقول مالك واحد الوجهين عن ابن حنبل وعن عقبة
ابن عامر ان النبي عليه السلم قال لرجل اترضى ان ازوجك فلانة قال نعم
وقال للمراة اترضين ان ازوجك فلانا قالت نعم فزوج احدهما صاحبه وكان
ممن شهد الحديبية الحديث الى اخره رواه ابو داود وللمانعين حديث
المغيرة بن شعبة انه امر رجلا زوجه امراة وهو اولى الناس بها
رواه ابو داود ولا حجة له فيه لوجوه احدها انه لا يدل على عدم جواز الاول
وحديث البخاري يدل على جوازه الثاني ان ما اصح في صحيح البخاري بخلافه الثالث
انه لا يصح لنا التمسك به لان قول الصاحب وفعله ليس بحجة عنده
الرابع دليلنا فعل رسول الله صلعم ولا كذلك الاثر الخامس دليلنا اكثر فكان
الاخذ بها ارجح السادس العمل بما عليه الجمهور اولى فما ذهب اليه السابع
تعارض الاثر بالاثر ويسلم لنا فعله صلعم الثامن هو متروك عنده من
وجه اخر وهو ان من لا يلي طرفي العقد عنده لا يوكل بذلك وفي ابن
توكيله فلم يصح له التمسك بقولا نه ولي حاضر غير عاضل ولا يجوز مباشرة
الحاكم له مع وجوده وحضوره وعدم عضله كما لو زوجها غيره وقال عليه السلم
السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي العقد ولا يكون الحاكم وليا لها وراويه
يقول بالمفهوم ولم يقل به هنا واحد الشافعي فيها بقول زفر واحتجا ان الواحد
لا يكون مملكا ومتملكا كما في البيع قلت يمنع البيع في حق الاب والجد
استحسانا عندنا وهو باطل بالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه وقول
الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ان اراد به
ابن العم المقدم ذكره فليس ذلك مذهبه لان الذي يلي طرفي العقد لم يتقدم ذكره
في الكتاب قال لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون
التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع قلت تعليل صحيح لو سلم من النقض
ولم يسلم فان الوكيل لو نوع موكله على عبد لنفسه سقط ايه ساقيه ذكره في
الزخيرة واذا اذنت المراة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين
جاز خلافا لزفر والشافعي ثم قوله تزوجتك او زوجت يتضمن الشطرين وقد تقدم

في اول النكاح قوله وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف على اجازته
فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وان عتق العبد والامة نفذ وقال ابو
عمر بن عبد البر في التمهيد لم يختلف قول مالك واصحابه في العبد بغير اذن
سيده ان السيد بالخيار ان شاء اجازه وان شاء فسخه ولم يشترطوا
ها هنا قولا ولا بعدا وقال يحيى بن سعيد الانصاري الامر عندنا
بالمدينة على هذا قال اسماعيل القاضي وهو قول سعيد بن المسيب
والحسن البصري والنخعي والحكم وجعل مالك التفرقة طلاقا وقال
هذا دليل على نفاذه من غير لزوم واجازوا توقف البيع على اجازة
المالك واجمعوا على توقف الوصية على قبول الموصى له وقال الثوري
وابن حنبل واسحق احب الى ان يستقبل بينهما نكاح جديد فدل
على صحة التوقف والاجازة عندهم وعند القاسم بن محمد في
امراة تزوجت بغير اذن سيدها ولها اب اجازه الولي فهو
جائز ومثله عن ابن سيرين واجاز علي بن ابي طالب رضي الله
عنه نكاح امراة انكحتها امها ونكاح امراة زوجها خالها
وامها وقال علي بن صالح له اجازته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم امر التي زوجها ابوها بغير اذنها اليها فقالت قد اجزت
ما صنع ابي انما اردت لاعلم هل للنساء من الامر شيء وعن شريح في
الولي يزوج جاز بغيره في اجازه اي واحد ساق منهما وعن عمر بن
عبد العزيز رحمه الله مثله وهو مذهب جابر ذكر ذلك كله في التمهيد
وغيره وقال الشافعي في الجديد لا يتوقف شيء من ذلك على الاجازة
لان المباشر لا يثبت حكم العقد من جهته وهو الملك فيلغو العقد
فلا بد له وهو محجوج بما ذكرنا من خبر رسول الله صلى الله عليه
وسلم واجازتها ما صنع ابوها بين يدي رسول الله صلى الله عليه
وسلم وتقدم ذلك كله باسناده وبما ذكرنا من اقوال الصحابة رضي
الله عنهم وافعالهم من ذلك وقد ذكرنا ذلك عن جماعة من التابعين

ومن بعدهم فلا يلتفت بعد ذلك الى ما تاخر ولان التصرف النافع
الذي لا يشوبه ضرر مما دون فيه عقلا وشرعا وفيه تحصيل
الزوج الكفو وتقدير المهر والتمن واتخاذ الايجاب والقبول
ولا ضرر في انعقاده من غير نفاذ حتى اذا راى المصلحة فيه
نفذه وقد يتراخى العقد عنه كالبيع بشرط الخيار للبائع
وصار كالوصية فانها تتوقف على قبول الموصى له بعد
موت الموصي ولو زوج رجل امراة من رجل بغير رضاها او
زوج رجلا امراة بغير رضاه يتوقف على الاجازة عندنا
على ما قدمناه وياتي تمام الادلة على ذلك في بيع الفضولي ان
شا الله تعالى والله اعلم بالصواب ت ومن قال اشهدوا
اني تزوجت فلانة وذكر نسبها فبلغها فاجازت في مجلسها
فهو باطل وان قال اخر اشهدوا اني قد زوجتها منك فقبله
الحاضر فبلغها فاجازت جاز وكذا ان كانت المراة هي التي
قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما وقال
ابو يوسف رضي الله عنه يجوز ذلك كله واجمع اصحابنا رضي
الله عنهم ان الواحد يصلح وكيلا من جانب اصيلا من جانب
ووكيلا من الجانبين ووليا من الجانبين ووليا من جانب
اصيلا من جانب ووليا من جانب ووكيلا من جانب
في النكاح وهل يصح فضوليا من الجانبين وفضوليا من جانب
ووليا من جانب او فضوليا من جانب ووكيلا من جانب
او فضوليا من جانب اصيلا من جانب حتى يتوقف العقد
على الاجازة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما لا يصح
ولا يتوقف وعند ابي يوسف رحمه الله عليه يتوقف لان
كلام الواحد في باب النكاح يقوم مقام كلامين والشخص
الواحد يقوم مقام شخصين ولهذا لو كان مامورا من الجانبين

ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف اذ فائدة الامر النفاذ والسر فيه
ان حقوق النكاح لا تتعلق بالوكيل فصار كالخلع والطلاق على
مال فانه يتوقف على قبولها في مجلس علمها وكذا الاعتاق
على مال ولا يقاس على البيع والاجارة ونحوها لان الواحد
لا يتولى طرفيهما وهما ان الصادر من الواحد شطر العقد
الا ترى ان صاحبه لو كان حاضرا يملك الرجوع عنه قبل
قبوله فكان شطرا في غيبته وشطر العقد لا يتوقف على ما
ورا المجلس كما في البيع والاجارة وساير العقود بخلاف المامور
من الجانبين فانه ينتقل كلامه الى الامرين بحكم الامر فكانهما
حضرا وعقدا بانفسهما ولا ينتقل ها هنا لكونه فضوليا غير
مامور به وفي الولي ينتقل كلامه منزلة كلامين وشخصه
يقوم مقام شخصين فعند عدم الامر والولاية نعتبر الحقيقة
بخلاف الخلع واخويه لان ذلك يمين من جانب الزوج والولي
ولهذا لا يملك الرجوع عن الايجاب واليمين يتم بالواحد
وفي الحواشي لابي يوسف لو قال تزوجت فلانة فلان بن فلان
وقبلت وعن فلان وهو خلاف ما ذكره الجماعة فانهم نصوا
على انه لا يصلح فضوليا من الجانبين ولا فضوليا من جانب
مامورا من جانب اخر وفي جوامع الفقه الواحد لا يصلح
فضوليا من الجانبين او اصيلا او وكيلا من جانب وفضوليا
من الجانب الاخر عندهما حتى لو زوج غايبة من نفسه او
من موكله لا يتوقف عندهما ولو كان الاختلاع من جانبها
بان قالت اختلعت نفسي من زوجي بكذا وهو غايب لا يتوقف
على اجازته للمعاوضة من جانبها ولو قال الزوج لحضرة منهما
طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل قبولها بطل ولو كان تعليقا
بالشرط لم يبطل بقيامها عن المجلس قاله صاحب الحواشي والجواب

ان من التعليقات ما يبطل بالقيام ويقتصر على المجلس كقوله
لها انت طالق ان شئت يقتصر على المجلس فهذا مثله انتهى
كلامه والله تعالى اعلم بالصواب قلت هو من جانبها
معاوضة فيقتصر على مجلسها ولذا يبطل بالاعراض عنه
وقيامها عن المجلس اعتراض وفي المحيط وكيلها ان يزوجها
من نفسه جاز لانه وكيل من جانبها اصيل من جانبه
ولو زوج بنت عمه الصغيرة اليتيمة من نفسه جاز لانه
ولي من جانب واصيل من جانب ولو قال لبنت عمه الكبيرة
البكر اريد ان ازوجك من نفسي فسكتت فتزوجها جاز
لانه وكيل واصيل ولو تزوجها قبل الاستيمار فبلغها
فسكتت لم يجز عندهما لانه فضولي من جانبها فلا
يتوقف خلافا لابي يوسف رحمه الله عليه وفي البدائع لابي
يوسف رضي الله عنه ان الواحد في هذا الباب يقوم
بالعقد من الجانبين كما لو كان مالكا من الجانبين
او وليا منهما او كان كلامه عقدا لا شطرا ولو ارسل
اليها رسولا او كتب اليها كتابا بذلك فقبلت
بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب
جاز ذلك لاتحاد المجلس اذ كلام الرسول كلام المرسل
والكتاب كالخطاب وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة
الكتاب لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله عليه
يجوز بناء على ان قولها زوجت نفسي شطر العقد عندهما
رضوان الله عليهما ورحمته والشهادة في شطري العقد
شرط وقول الزوج بانفراده عقد عنده وقد حضر
شاهدان وعلى هذا لو قال الفضولي زوجت فلانة
من فلان وهما غائبان عندهما رضوان الله عليهما لا ينعقد

حتى لو بلغهما فاجازاه لم يجز وعنده رحمه الله عليه يجوز
بالاجازة وفي المحيط وان لم يسمعوا ذلك لم يجز لانهم
لم يسمعوا كلام الزوج ولا ما يقوم مقامه بخلاف البيع
فانه يجوز لعدم اشتراط الشهادة فيه وكذا ذكر
في المبسوط كما في المحيط ولو قال بين يدي الشهود زوجت
نفسي منه لا ينعقد ايضا لانهم انما سمعوا كلامها لا كلامه
منا وفي المحيط زوجت نفسها من غائب بحضرة الشهود
فبلغه فاجاز لم يجز وعند ابي يوسف رحمه الله عليه
يجوز وعلى هذا لو كان العاقد وليا او وكيلا لاحدهما
لم يجز عندهما ولو كان فضوليا لم يجز بالاتفاق وفي
الذخيرة والمبسوط والمحيط قال محمد رحمه الله عليه لو كتب
الى رجل كتابا يقول فيه بعني عبدك بالف
فقال عند ما قرأه بعت كان جائزا وجعله بمنزلة النكاح
وقال شيخ الاسلام رحمه الله عليه والفقيه ابو جعفر
الهندواني رضي الله عنه انما ينعقد البيع اذا كتب بعني
عبدك وقد اشتريته منك فقال بعت ولا بد من هذه
الزيادة في البيع لان قوله بعني سوم في البيع لما
عرف في اول كتاب النكاح فصار كما لو كان حاضرا
وصحح شمس الائمة السرخسي رحمه الله عليه ما ذكر محمد
رضي الله عنه من غير زيادة وفرق بين الحاضر والغائب
والفرق ان قوله بعني من الحاضر استيام عادة وعرفا
وفي الغائب احد شطري العقد عادة فاذا اتصل به
الشطر الثاني يتم البيع والله تعالى اعلم بالصواب قلت
في جوابه نظر فان البيع لا ينعقد الا بلفظين ماضيين عند
عدم النية بخلاف النكاح لان قوله زوجني توكيل

منه وقوله زوجتك يتضمن شطري العقد والواحد يتولى
شطريه ولا يتولى شطري البيع الا الاب والجد ويمكن
ان يقال قوله نعم اذا لم يحتمل الاستيام جاز ان يقدر
استريت لدلالة نعم عليه فيكون مقدرا لا ملفوظا
به وفي الذخيرة الوكيل بالنكاح لو زوجه نكاحا
موقوفا لا ينتهي وكالته به لانه قابل لحكمه فان
نقضه قبل اجازته نفذ نقضه كالموكل لو تزوج موقوفا
ثم نقضه قبل الاجازة يجوز والوكيل قايم مقام موكله
اذا كانت وكالته باقية فصار كالوكيل بالبيع يملك
البيع بشرط الخيار لاطلاقها ويملك فسخه لبقائها
لانه قايم مقام موكله كذا هنا فان قيل الفرق ظاهر
فان الموكل يملك فسخه فرارا من لزوم العهدة كالفضولي
في البيع والوكيل لا يلزمه العهدة في العقد النافذ
فالموقوف اولى فصار كالفضولي في النكاح فانه لا
يملك فسخه لعدم العهدة عليه الا في رواية النوادر
عن ابي يوسف رضوان الله عليه انه يملك فسخه بخلاف
ظاهر الرواية قيل له الموكل يملك فسخه لذلك
ولعله احرى وهو الفسخ قبل الاجازة امتناع عن اتمام
العقد وللوكيل الامتناع عن اتمامه كما ان له الامتناع
عن مباشرته وهذا لو وكل الوكيل الامتناع عن اتمامه
كما ان له الامتناع عن مباشرته وهذا لو قال لوكيل
زوجتك من فلان بالف درهم فقبل ان يقول قبلت لو رجع
صح رجوعه واستقصى ما وجدته من الاصحاب فان قيل
هذا يبطل بالفضولي فانه لا يملك فسخه قبل الاجازة ولو كان
ذلك امتناعا كان له ذلك والله تعالى اعلم ولنا عملنا اشبه

الفسخ في حق الفضولي فلم يكن له ذلك لانه فسخ عقد غيره
وهو ليس بوكيل عنه ولو عملنا بشبه الامتناع في حق الوكيل
وجوزنا له ذلك لقيامه مقام موكله وللوكيل النقض
دلالة ايضا كما لو زوجه امراة وقبل عنها فضولي ثم زوجه
اختها باذنها او بغير اذنها كان نقضا للعقد الاول ولو
زوجه امراتين في عقد احداهما اخت الاولى لا ينقض
نكاح الاولى لانه فضولي فيهما فلم يكن نافذا فالحاصل
ان النافذ من احد الجانبين يرفع النافذ من احد الجانبين
يرفع النافذ من احد الجانبين والموقوف من الجانبين
لا يرفع شيئا اصلا وفي الجامع فضولي زوج رجلا عشرا في
عقود وبلغهن فاجزن جاز نكاح التاسعة والعاشرة
لانه لما قبل نكاح الخامسة بطل نكاح الاربع التي
قبل نكاحها ولما قبل نكاح التاسعة بطل نكاح ما
قبله من العقود وعلى هذا عشرة رجال زوج كل واحد
ابنته من رجل وهن متركات فاجزن جميعا جاز
نكاح التاسعة والعاشرة وان كانوا احد عشر رجلا فنكاح
الثلث الاخيرة جائز وان كانوا اثني عشر فنكاح
الاربع جائز وان كانوا ثلثة عشر فنكاح الاخيرة
وحدها جائز لانه لما قبل نكاح الخامسة فقد بطل
نكاح الاربع قبله ولما قبل نكاح التاسعة فقد ابطل
نكاح الاربع قبله ولما قبل نكاح التاسعة فقد ابطل
نكاح الاربع الموقوف قبله وتوقف ما بعده ولما قبل نكاح
الثالثة عشر فقد ابطل الموقوف قبله وجاز نكاحها
على هذه القاعدة وفي حقوق جوامع الفقه الفضولي لا يملك
نقض الموقوف اصلا وواحد الزوجين يملكه وكذا الوكيل

مطلقا ذكره هنا وفي الجوامع بملكه ضمنا لا مقصودا وفي
المحيط ارسل رجلا يخطب له امراة بعينها فزوجها الرسول
اياه جاز لان الخطبة جعلت نكاحا اذا صدر من الامر
حتى لو قال لامراة خطبتك الى فقالت زوجت نفسي
منك كان نكاحا فكان الامر بالخطبة امرا بالنكاح
والله اعلم بالصواب قوله ومن امر رجلا ان يزوجه
امراة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة
منهما لانه فضولي في الثنتين ولا يلزمه الا برضاه
ولا فائدة في نفاذ احدهما غير معين لانها لا تفيد حل الوطي
اذ الوطي لا يقع الا في معينة والمنكر ضدها وتعيين
الواحدة منهما ترجيح من غير مرجح ولان النكاح لا يصح
في المبهمة بخلاف المطلق الطلاق لان ذلك تعليق بشرط
البيان والنكاح لا يقبل التعليق والطلاق يقبله لانه
اسقاط وعن ابي يوسف رحمه الله عليه يلزمه واحدة
منهما واليه التعيين ذكره في الجامع الصغير وهو بعيد
وفي قاضي خان هذا اذا لم يكن بين المراتين قرابة حتى لو
اختار الزوج احداهما بعينها لزمه وبطل نكاح الاخرى
وان مات الزوج قبل ان يختار كان المهر والميراث بينهما
وعلى كل واحدة عدة الوفاة لانه وكيل في احداهما فيلزم
والله اعلم بالصواب قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله عليه
هو قول ابي يوسف الاول والصحيح ما ذكر في ظاهر
الرواية لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط لانه تمليك
وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول والله اعلم
قلت يرد على هذه العلة بيع عبد من عبدين على ان المشتري
بالخيار يأخذ ايهما شاء على ما يأتي في اول البيوع ان شاء الله

قوله ومن امر اميرا ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره
جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمة الله
عليهما والائمة الثلاثة لا يجوز اما عند الثلاثة فلطول الحرة
واما عندهما فلان المطلق ينصرف الى المتعارف كنقد البلد
والمتعارف تزويج الكفو ولابي حنيفة رضي الله عنه المطلق
يجري على اطلاقه الا في موضع التهمة والضرورة ولا يزوجه
امة نفسه اجماعا للتهمة وامة غيره اذا كانت تحت الامر
حرة للضرورة اذ لا يجوز ادخال الامة على الحرة والدليل
على العمل باطلاق التوكيل انه لو زوجه عورا او مقطوعة
احدى اليدين او احدى الرجلين او رتقا او قرنا يجوز والله اعلم
ذكره في الذخيرة وغيره وفي الذخيرة ايضا امره ان يزوجه
امراة لم يسمها فزوجه امراة ليست بكفو له القياس
الجواز على الموكل وبه اخذ ابو حنيفة رضي الله عنه عملا
باطلاق التوكيل وفي الاستحسان يتقيد بالكفو وبه
اخذا رضي الله عنهما وعلى هذا الخلاف لو زوجه عمياء او مقطوعة
اليدين والرجلين او مفلوجة او مجنونة في رواية
ابي سليمان وفي المنتقى عن ابرهيم عن محمد رحمه الله انه لا
يجوز ولم يحك خلافا وقال في الكواشي التوكيل من جانبها
يتقيد بالكفو على قول الكل رضي الله عنهم في الصحيح ومثل
هو قولهما قال ولو كان كفوا الا انه اعمى او مقعدا وصبيا او
خصيا او عنينا او معتوه فهو جائز في الكل في فتاوى قاضي
خان وفي المحيط لا يجوز وابو حنيفة رضي الله عنه يقول
العرف مشترك فان الانسان يتزوج بالكفو وغير الكفو
ولا يجوز الغاء اطلاقه بالشك والاحتمال او هو عرف عملي
لا لفظي كما لو حلف الفقيه لا يلبس ثوبا فلبس ثوب حرير او

حلف المسلم لا يأكل لحماً فأكل لحم خنزير فانه يحنث وان كان يخالف
عرف الحالف لكونه عرفاً عملياً وهو عرف بعض الناس
والحقيقة العرفية اللفظية مثل تقييد الدابة بذوات
الحافر كالفرس والبغل والحمار وهنا ليس اختصاص اسم
المراة بالحرة حقيقة عرفية لا عرفاً عاماً ولا خاصاً ولا اصطلاحاً
مفيداً لما ذكرنا وفي الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان
عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق المراة فكانت
الاستعانة به في التزوج بالكفو ولو كان هنا عرف يوجب
التقييد بالكفو لكان المنع قياساً واستحساناً وفي المحيط قد
يرون بغير الكفو وبالاماء كاصحاب الاعذار طلباً لتخفيف المؤنة
وتسهيلاً للامر عليهم ولو زوجه صغيرة لا تجامع جاز لان
اسم المراة يتناول الصغيرة والكبيرة قال الله تعالى
وان كان رجل يورث كلالة او امراة فالصغيرة والكبيرة
فيه سوا في اطلاق اسم المراة عليهما ولو وكله ان يزوجه
امة فزوجه حرة لم يجز لان المقصود التقييد لا يندرج تحت مقيد اخر
ولو زوج الوكيل بالنكاح الفاسد نكاحاً صحيحاً لا يجوز وفي
الذخيرة وكله ان يزوجه امراة بعينها يجوز تزويجه بالغبن
اليسير بلا خلاف وكذا بالفاحش عنده رحمه الله وعندهما
لا يجوز بنا على تجويزنا على الاطلاق والتقييد بالعرف
وفرق ابو حنيفة رضي الله عنه بينه وبين الوكيل بالشرى
والفرق ان الوكيل بالشرى يستغني عن اضافة العقد الى
موكله فيمكن التهمة في تصرفه فاذا وجد الصفقة خاسرة
جعلها الى موكله وفي النكاح لا يستغني عن اضافته الى موكله فلا
تهمة وفي المحيط الوكيل بشرى معين اذا لم يسم له الثمن يشتريه
لموكله بالغبن الفاحش لانه لا يملك الشرى لنفسه وفي التحرير
اذا

اذا اشتراه بالغبن الفاحش يصير مشترياً لنفسه واذا وكله ان
يزوجه امراة بعينها بدل مسمى فزوجها الوكيل نفسه بذلك المهر
جاز النكاح للوكيل وفي الشرى يصير مشترياً لموكله حال غيبته
ولو وكلته ان يزوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو قالت زوجني من
شئت فليس له ان يتزوجها في المنتقى وكل رجلاً ان يزوجه
امراة فزوجه ابنته الصغيرة او بنت اخيه الصغيرة وهو
وليها لم يجز وكذا رجل امر امراة ان يزوجه امراة فزوجته
نفسها لا يجوز ولو زوجته ابنته الكبيرة باذنها ذكر
في الاصل انه لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا برضى
الزوج وعندهما يجوز وعند ابي حنيفة يقيد المطلق بغير
مواضع التهمة خلافاً لهما ولو زوجه اخته الكبيرة برضاها
جاز بلا خلاف لعدم التهمة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
في الاملاء رجل امر رجلاً ان يزوجه امراة فزوجه ابنته
الصغيرة او الكبيرة باذنها لم يجز استحساناً وفي المغني
يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالمطلق ان يوكله في تزويج
من يشا او من يرضاه او قال اذا وجدت من ترضاه فزوجه
وهو الظاهر عند الشافعي رحمه الله وفي البسيط فيه قولان
للشافعي رضي الله عنه والصحيح الجواز لما روي ان رجلاً جا
الى عمر رضي الله عنه وترك ابنته عنده وقال اذا وجدت
لها كفواً فزوجه اياها فزوجها عمر من عثمان بن عفان فهي ام
عمرو بن عثمان رضوان الله عليهم ودليل جواز المقيد توكيل رسول
الله صلى الله عليه وسلم ابا رافع في تزويج ميمونة منه وتوكيل
عمرو بن امية في تزويجه ام حبيبة بنت ابي سفيان وفي المغني
لا يشترط اذن المراة في التوكيل ولا حضور شاهدين وسوا
كان الموكل اباً او غيره وقال بعض الشافعية رضي الله عنهم لا يجوز لغير

المجبر التوكيل الا باذنها وقال الحسن بن حي لا يصح التوكيل
الا بحضرة شاهدين وهو شذوذ والله اعلم ثم ولو وكلته ان
يزوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو قالت زوجني من شئت
فليس له ان يتزوجها وفي المغني وكل رجلا ان يزوجه امراة
فزوجه ابنته الصغيرة او بنت اخيه الصغيرة وهو وليها
لم يجز وكذا رجل امر امراة ان تزوجه امراة فزوجته نفسها
لا يجوز ولو زوجته ابنته الكبيرة باذنها ذكر في الاصل
انه لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا برضى الزوج
وعندهما يجوز فعند ابي حنيفة يقيد المطلق بغير مواضع
التهمة خلافا لهما ولو زوجه ابنته الكبيرة برضاها جاز
بلا خلاف لعدم التهمة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في
الامالي رجل امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه ابنته الصغيرة
او الكبيرة باذنها لم يجز استحسانا وفي المغني ويجوز التوكيل
مطلقا ومقيدا فالمطلق ان يوكله في تزويج من شاء او من يرضاه
او قال اذا وجدت من ترضاه فزوجه وهو الاظهر عند الشافعي
وفي التنبيه فيه قولان للشافعي والصحيح الجواز لما روي
ان رجلا جاء الى عمر وترك ابنته عنده وقال اذا وجدت لها كفوا
فزوجه اياها فزوجها عمر من عثمان بن عفان وهي ام عمرو
ابن عثمان رضي الله عنهم ودليل جواز المقيد توكيل رسول الله
صلى الله عليه وسلم ابا رافع في تزويج ميمونة منه وتوكيل
عمرو بن امية في تزويجه ام حبيبة بنت ابي سفيان وفي المغني
لا يشترط اذن المراة في التوكيل ولا حضور شاهدين وسواء كان
الموكل ابا او غيره وقال بعض الشافعية رضوان الله عليهم
لا يجوز لغير المجبر التوكيل الا باذنها وقال الحسن بن
حي لا يصح التوكيل الا بحضرة شاهدين وهو شذوذ والله
اعلم بالصواب

باب المهر

لها اسماء تسعة الصداق والصدقة والمهر والنحلة والاجر والفريضة والعلائق
والعقر وهو غالب الاسماء ك قال صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق
قيل يا رسول الله ما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون رواه ابو
[illegible] الدارقطني وقال لها عقر نسائها وقال اصدقها وامهرها ويقال
امهرها بالالف ومهرها هكذا ذكره ابن قدامة في المغني وفي الصحاح
امهرها ومهرها وفي المغرب مهر المراة اعطاها المهر وامهرها
اذا سمى لها مهرا او تزوجها به ومنه ان النجاشي امهر ام حبيبة
اربعمائة دينار واداها عن النبي صلى الله عليه وسلم فبلغه ذلك
فاجازه قوله ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا بالاجماع
وانما الخلاف هل يجب مهر المثل او لا يجب حتى ياتي في المفوضة
وقال بعض الشافعية ان تزوجها بغير مهر [illegible] لا
يصح النكاح في هذه الصورة لانها تصير كالموهوبة وليس
بصحيح بخلاف البيع حيث يفسد بترك تسمية الثمن لان الثمن
مقصود في البيع دون النكاح والمقصود منه التوالد والازدواج
والبيع معاوضة المال بالمال ولم يوجد فيفسد ولان النكاح لا
يفسد بالشروط الفاسدة فكذا بترك ذكر المهر والبيع يفسد
بالشروط الفاسدة ولذا بترك ذكر الثمن ولان المهر حق الشرع
ابتداء وابانة لشرف المحل ولهذا لا يستباح بالاباحة فلا يحتاج
الى ذكره لصحة النكاح ثم لو تزوجها على خمر او خنزير او ميتة
او دم فانه يصح النكاح على ذلك ويجب مهر المثل لما ذكرنا وكذا ان
تزوجها بشرط ان لا مهر لها قال على ما بينا يعني العلة التي ذكرناها
قبله قال وفيه خلاف مالك [illegible] يعني جواز النكاح عند
نفي المهر واعتبر النكاح بالبيع وفي التمهيد ذهب مالك الى المفوضة
لا مهر لها وعليها العدة ولها الميراث اذا مات عنها وياتي الكلام عليه

عن قريب إن شاء الله تعالى قلت إن نكاحها صحيح عنده وأقل
المهر عشرة دراهم أو قيمة عشرة قال محمد يجوز وزن عشرة تبر وإن
كان قيمتها أقل من عشرة مضروبة بخلاف السرقة فإن اليد لا تقطع
في مثلها هذا مذهبنا وقال مالك أقله تقدير ربع دينار أو ثلاثة دراهم
كيلا وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم وقال إبراهيم النخعي أقله
أربعون درهما وعنه عشرون درهما وقال سعيد بن جبير
أقله خمسون درهما وكل منهم مذهبه في نصاب السرقة الذي تقطع
فيه اليد لذلك وقال الشافعي ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون
صداقا وهو قول ابن حنبل وإسحاق وأبي ثور وفقهاء المدينة وفي
المحلى لابن حزم ما جاز أن يملك بالهبة أو بالميراث جاز أن يكون
صداقا حل معه وقال لأن النكاح ليس بيعا هذا ما لا أشك فيه ودحس
قال وبعض الفقهاء يلزمنا لا يجوزنا ولم يحتج كالماء والكلب والسنور
والثمرة التي لم يبد وأصلها والسنبل قبل أن يشتد أو حبة حنطة
أو حبة شعير قلنا لأن النكاح ليس بيعا هذا ما لا أشك فيه ودحس
قال وبعض أهل الرأي لا يجوز الصداق بما ليس يجوز بيعه وهذا حكم
فاسد وقول سخيف بلا برهان ولا قياس ولا رأي له وجه يعقل
وليت شعري ما ذا باع ولما ذا اشترى أرقبتها فبيع الحرة أم فرجها
فوضح لكل ذي عقل فساد قول من شبه النكاح بالبيع والعجب
أنهم يمنعون النكاح بإصداق ما لم يبد وأصلها قياسا على
البيع ثم يجيزون النكاح بوصف وبيت وخادم غير موصوف ولا محدود
البيع بذلك وقول مالك لا نعرفه عن أحد من أهل العلم قبله وقد خالف
فيه أئمة المدينة والفقهاء الذين لا يخرج عن قولهم وقال أبو عمر بن عبد البر
تقدم إلى هذا أبو حنيفة فقاس الصداق على اليد عنده فإنها لا تقطع
إلا في ربع دينار أو عشرة دراهم كيلا قلت لا تقطع في ربع دينار
عنده فلا يكون صداقا حتى لو تزوجها على دينار قيمته أقل من عشرة دراهم

يكمل عشرة دراهم عند علمائنا الثلاثة ذكره الوبري ونقل عنه سهو وغلط
وقال الدراوردي لمالك تعرقت فيها يا أبا عبد الله لما قدره بربع دينار أي
سلكت فيها سبيل أهل العراق قلت لم يقل به أحد من أهل العراق
وهو غلط من الدراوردي إلا أن يريد به نفس التقدير لا الكمية استدل
من لم يقدر بحديث عبد الرحمن بن عوف لما جاء إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم [illegible] زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم أولم ولو بشاة رواه الجماعة ذكره في المنتقى وفي التمهيد رواه مالك
في الموطأ عن حميد الطويل عن أنس بن مالك ولم يكن طويلا وإنما كان
طويل اليدين ذكره في التمهيد فقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم
بأقل مما أخذه أبو حنيفة إذ النواة خمسة دراهم عند الأكثر وعن ابن
حنبل النواة ثلاثة دراهم وثلث وقيل النواة المذكورة في الحديث نواة
التمر قلت هذا عندي لا وجه له لأن وزنها مجهول والصداق لا يكون
إلا معلوما لأنه من باب المعاوضات وحديث جابر قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا
فقد استحل رواه أبو داود وعنه صلى الله عليه وسلم أدوا العلائق قيل
يا رسول الله وما العلائق قال ما تراضى به الأهلون رواه الدارقطني
ولأنه اسم لشيء لا إجارة إذ هو استمتاع بمنفعة البضع وكان المحتج
بها وبالحديث المتفق على صحته وهو حديث سهل بن سعد الساعدي
وفيه التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال صلى الله عليه وسلم
هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا لسور سماها فقال قد ملكتكها
بما معك من القرآن ويروى أنكحتكها وزوجتكها وبما رواه الترمذي
أن امرأة تزوجت على نعلين فقال صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك
ومالك بنعلين قالت نعم فأجاز نكاحها وقال حديث حسن صحيح ولنا
حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا مهر أقل من عشرة دراهم
رواه الدارقطني وفيه مبشر بن عبيد والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان

عند المحدثين ورواه البيهقي في سننه الكبير من طرق وضعفها لكن الحديث اذا روي
من طرق مفردات ها ضعيفة يصير حسنا ويحتج به ذكره النووي في شرح المهذب
وروى البيهقي عن علي بن ابي طالب موقوفا عليه من طرق وذكر ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه عن علي بن ابي طالب موقوفا عليه من طرق انه قال لا تستحل به المراة
بعشرة دراهم وذكره عنه ايضا في التمهيد ابو عمر بن عبد البر ولانه لو لم
يكن للصداق حد لكان الدانق والحبة والفلس صداقا للبضع فيكون دون
مهر البغي ومهر البغي قد نهي عنه في الصحيح ولسنا نسلم ان الحبة والفلس
اذا كان مهرا يستحل به الحرام لكن اشتراط عدم طول الحرة في جواز نكاح
الاماء عندهم معناه انه حسب كل من وجد طول الاماء وجد طول الحرة ودليله
الا انه لا طول لاحد كل الناس وانما علموا الظاهر في جواز نكاح الحرة
او حبة الشعير فهو قول باطل قطعا اذ لو ساغ ان يستباح الفرج بحبة
الشعير لاستبيح بغير عوض اذ الحبة الشعير ليس لها مال اذ لا [illegible] ولا يصيب
بها الا من يكاد ان يسقط حبة شعير او حبة حنطة لا يرجعها ولا يلتفت
اليها والفلس والدانق والحبة لا تقع مهرا للبغي لوطء واحدة فليت يستباح
الفرج بالفلس وحبة الشعير على الدوام وما شرع النكاح الا باشتغال الاموال
والتصرف في البضع بالوطء لا يخلو عن عقوبة او غرامة فلو جاز ان يقوموها الدانق
والحبة لم يكن ذلك غرامة وذلك يكون غاية في اذلالها واهانتها وما وجب المال
فيه الا للشرف وخطورة ان المحيط فلو جاز ان يستباح بغير جاز ان
يستباح بغير شيء اذ لا اعتبار بالحبة بين الناس ومثل ما ذكرناه قاله
عمر بن عبد البر في التمهيد ويدل عليه قوله تعالى في الواهبة نفسها بغير عوض
خالصة لك من دون المؤمنين فلو جاز ان يكون الفلس ونحوه مهرا لم يكن للنكاح
بغير عوض خالصا له صلى الله عليه وسلم ولانها لو زوجت نفسها بغير مهر ودخل
بها لوجب مهر المثل اتفاقا فمعنى بدل المهر فلو صح ان يكون الفلس مهرا لم يكن
لايجابه معنى بعد اسقاطها وبهذا يتبين ان المهر حق الله سبحانه لانه اذا اوجب
رجع مع نفقتها وبعض وليها واذا ثبت انه حق الله سبحانه وجب ان يكون مقدرا هي

مثلما اشبه ذلك من حقوقه من الصوم والصلوة والزكوة والحج وغيرها
ولو جاز ان يكون الفلس مهرا ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليه بنصف الفلس
ولا يعرف للفلس نصف في المعاملة لم يعتبر نصف المسمى على خلاف النص فانهم يجوزوا
الفلس فعدلوا الى الحديد بغير دليل يجوز نكاحهم ترك ما ذكرنا من الادلة والحجج
الواردة عليهم والحجة على ابن حنبل اقوى والزم فان الحديث الضعيف حجة
عنده مقدم على القياس اذا سلمنا صحتها ولان تضعيف الحديث من غير
ذكر سبب التضعيف لا يقبل منه عندنا وهو المختار عند غيرنا ايضا ولا حجة
لهم في جميع ما ذكروه وقول ابن عبد البر تفسير النواة بنواة التمر وهم لانه
يتعذر لجهالتها واصحاب المجهول لا يصح فلا [illegible] له وجه صحيح لان ذلك
مجهول على المجهول ولاجهالة فيه عند تحقيقها وقبضها وكانت عادتهم تعجيل بعض
الصداق قبل الدخول وهو اجماع من عهد النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا
ولم يكن عادتهم وقف جميع الصداق قبل الدخول فهو مستنبط من قوله صلى الله عليه وسلم
لعلي لما تزوج فاطمة ولما اراد ان يدخل بها اعطها شيئا قال علي ما عندي شيء قال اين
درعك الحطمية رواه ابو داود والنسائي وفي رواية عن ابي داود ان عليا لما
اراد ان يدخل بفاطمة منعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال
يا رسول الله ليس لي شيء فقال له اعطها درعك فاعطاها درعه ثم دخل بها
والمهر الذي [illegible] عنها ولان النواة يجوز ان يكون مشارا اليها عند العقد
بلا نظر لجهالة فيه بالاجماع ولم يذكروا انها كانت من الذهب ولو كانت من الذهب يكون
نواة تمرة مفضضة فلا جهالة فيه وروي انها خمسة دراهم وربع درهم باسناد
لا يقوم به الحجة وقال ابو عمر قوله صلى الله عليه وسلم التمس ولو خاتما من حديد
يعني يقدمه هذا لان العادة جرت ان يقدموا من الصداق بعضه او كان ذلك
لتطيب قلبها كما في حديث سليمان فكان صداق ما بينهما الاسلام وهو لا
يصلح صداقا بالاجماع وقول ابن عمر قد اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم
باقل كما عده ابو حنيفة واصحابه اذ النواة خمسة دراهم عنده لاكثر او اقل عنده
الاقل على ما تقدم والحجة علينا في ذلك انه صلى الله عليه وسلم سال عما ساق اليها

وهو المجهول كما ذكرنا وفي الآية قوله وكم اصدقها تدل على انه لا بد من
الصداق وظاهره يدل على التعدد لأن كم للتعدد باتفاق اهل
اللغة والنحو وقوله [illegible] وزن نواة من ذهب قيمته ثلاثة دراهم وربع
واحتجوا على اقل المهر بعشرة دراهم قال عياض ولا يصح لهم هذا لانها
من ذهب وذلك يزيد على [illegible] بن علم نقله احمد [illegible] والجواب
عن حديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفه سويقا او تمرا فقد
فقد استحل من عله لوجه آخر [illegible] قال المنذري في اسناده موسى بن
مسلم وهو ضعيف [illegible] وهو ضعيف ورواه ابو داود وهو موقوف
والجواب الثاني انه كان في المتعة يدل عليه ان جابرا قال كنا
نستمتع بالقبضة من الطعام على معنى المتعة على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم واخرج مسلم في صحيحه من حديث ابن جريج عن ابي الزبير قال
سمعت جابرا يقول كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الايام على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البيهقي هذا وان كان منسوخا النهي في نكاح
المتعة فانما نسخ منه شرط الاجل فاما ما جعلوه صداقا فانه لم ينسخ
قلت [illegible] فساد قوله هذا ظاهر فان الاجماع على نسخ احكام نكاح المتعة
ودعوى اخراج بعضها عن النسخ دعوى باطلة ويدل على بطلان قوله هذا
واثبات [illegible] ان الذي نسخ من نكاح المتعة انما هو شرط الاجل
وان باقي احكامه باقية في النكاح المشروع المؤبد لم ينبغي ان لا يثبت
النكاح [illegible] التوارث [illegible] الاحكام لنكاح المتعة وهي
من [illegible] ولم ينسخ الا شرط الاجل كما زعم وذلك خلاف اجماع المسلمين وهو
هوس والوجه الثالث انا قد ذكرنا عن جابر خلاف هذا وهو نص
موضعه كل واحد منهما فلا يكون هذا دليلا على دعواهم والوجه
الرابع انه لو كان يجوز على المهر كما ذكرنا قال ابو [illegible] انما
كان ذلك للضرورة والفقر في اول الاسلام وهكذا قال عن قوله التمس ولو خاتما
من حديد [illegible] وان القبضة من التمر [illegible] واحدة او ليوم او ايام [illegible]

السنة والعمر اذا اصلح ان يكون عوضا في نكاح المتعة ليس يكون عوضا
في [illegible] والعكس لدائم وقياسهم على الاجارة باطل لان قياس المؤبد على
الموقت اذا الاجارة تصححها التأقيت والتأبيد يبطلها والنكاح يبطله
التأقيت ويصححه التأبيد ولو تأملنا ان المراد من القياس احكام ونحوه
انما هو المحل اعني الصداق لا المؤقت واحلالا انما هو في الثاني والعدة
على [illegible] ليست بشرط بالاجماع لثبوته في الذمة وما ثبت في الذمة لا يشترط
القدرة عليه لصحة العقود والجواب [illegible] عن قوله صلى الله عليه وسلم
بما معك من القرآن فان القرآن وتعليمه لا يصح صداقا عندنا وهو قول [illegible]
وظاهر الرواية عن ابن حنبل ذكره ابو عمر وابو [illegible] وبه قال الليث بن سعد و[illegible]
ذكره ابن المنذر في الاشراف وجوزه الشافعي فان طلقها قبل الدخول بها
رجع عليها بنصف اجر التعليم في رواية المزني عنه وفي رواية الربيع عنه في
البويطي يرجع عليها بنصف مهر المثل قال لان تعليم النصف لا يوقف على
حده قلت [illegible] اذا عرف الكل ووقف على حده وقف على حد النصف
[illegible] بعدم العلم بالنصف اعتراف منه بعدمه بالكل فينبغي ان يخالف
[illegible] مهر المثل قبل الطلاق [illegible] قوله بما معك من
القرآن اي [illegible] بما معك من القرآن وتعلقوا في ذلك بما روي في حديث ابن
مسعود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ينكح هذه فقام رجل عليه
بردة عاقدها في عنقه فقال انا يا رسول الله فقال [illegible] قال لا قال اتقرأ
من القرآن شيئا قال نعم سورة البقرة والمفصل قال انكحتكها على ان تقرأها
وتعلمها واذا رزقك الله عوضها فتزوجها الرجل على ذلك قال الدارقطني
تفرد به عتبة بن السكن وهو متروك وخبر ابي هريرة قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة او التي تليها قال قم
فعلمها عشرين آية وهي امرأتك قال عبد الحق في الاحكام الكبرى لما رأيت
عند النسائي فهما رأيت من النسخ وعن ابي داود والتي تليها [illegible]
من رواية عسل بن سفيان ضعفه يحيى بن معين واحمد بن حنبل وقال ابو حاتم

منكر الحديث وقال البخاري عنده مناكير قال ابو عمر بن عبد البر في التمهيد دعوى
العلم في قوله بما معك من القرآن دعوى يبطلها النص واذا اهل العلم لا يعرفون
ما قاله الشافعي وقال ابو الوجه في التحفة عن ابي النعمان الازدي قال زوج رسول
الله صلى الله عليه وسلم امراة من رجل على سورة من القرآن لا يكون لاحد بعدك
مهرا وقال مكحول ليس ذلك لاحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل
معناه بحرمة ما معك من القرآن تشريفا لاهل القرآن وبعضهم في مصنف
ابي بكر بن ابي شيبة عن شعيب قال سالت الحكم وحمادا عن رجل وهب ابنته لرجل
فقالا لا يصلح الا بصداق وقال مكحول والزهري لم تحل الموهوبة لاحد بعد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال السمعاني لو امراة وهبها ابوها او وهبت
نفسها لرجل فلها مهر مثلها ان دخل بها والا فلها المتعة ان طلقها قبل الدخول
بها وعن عطاء في امراة وهبت نفسها لرجل لا يصح الا بصداق لم يكن ذلك
الا للنبي صلى الله عليه وسلم هذا لنا ومن السلف واختلف البضع لا يجوز
اخلاؤه عن الصداق فمن جعل الصداق درهما او فلسا او شعيرة فقد
اخلاه لان ذلك ليس بصداق لا في العرف ولا في الشرع [illegible] شرع ويجوز
الدخول بها قبل ان يعطيها شيئا من صداقها سواء كان مفوضة او مسمى
لها وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والثوري والشافعي وابن
حنبل وعامة اهل العلم وروي عن ابن عمر وابن عباس والزهري وقتادة
ومالك انه لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا ما لانه صلى الله عليه وسلم واستدلوا
بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا من الدخول على فاطمة رضي الله عنها حتى يعطيها شيئا
فاعطاها درعه الحطمية وقد تقدم ولنا [illegible] حديث عقبة بن عامر الذي
زوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعطها شيئا وقالت عائشة امرني رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امراة على زوجها ولم يعطها شيئا رواه ابن ماجه
وصار كالبيع والاجارة والخبر محمول على الاستحباب وقال ابو بكر بن ابي شيبة
قال ابن المسيب اختلف فيه اهل المدينة فمنهم من كرهه ومنهم من رخص فيه
وايه فعل فلا باس به وقد زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من المسلمين

لم يكن له شيء فامره بامراته ان يدخل عليه فصار ذلك الرجل من اشراف المسلمين وعن
كريب بن هشام وكان من اصحاب عبد الله انه زوج امراة على اربعة الاف درهم ودخل
بها قبل ان يعطيها شيئا ذكره ابن ابي شيبة قوله [illegible] ولو سمى اقل من عشرة
فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل اذ تسمية ما لا يصلح مهرا كالعدم منها
وقال ابن القاسم في المدونة ان سمى اقل من ربع دينار او ثلثة دراهم ان كمل قبل
الدخول ربع دينار او ثلثة دراهم والا فسخ عليه وبعد الدخول اجبر على تكميل اقل
الصداق وان طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى فصحح التسمية قبل الدخول
ولم يصححها بعد الدخول وقال غيره من اهل المدينة التسمية فاسدة وتفسخ على كل
حال ولم يوجبوا مهر المثل واوجبوا تسمية الخمر والخنزير وصححوا العقد
ولنا [illegible] ان فساد التسمية لحق الشرع فاذا كملناه عشرة كمل حق الشرع
ولمراد عليها حقها وقد استوفت حقها فلا يجب الزيادة بعد اسقاطها بعد
تمام حق الشرع كما لو ما اذا لم يسم فانها ترضى بلا مهر ولا ترضى
بالمسمى وكذلك العشرة لا يتجزى حقا للشرع وذكر بعضها لا يتجزى كذكر كله كما لو
طلقها نصف طلقة او عفا عن نصف القصاص او اسقط بعض الشفعة ذكره الوبري
وغيره او اعتق نصف عبده عندهما وان طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة دراهم
عند علمائنا الثلثة وعند زفر يجب المتعة وعند مالك على قول ابن القاسم
والشافعي وابن حنبل نصف المسمى ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان
دخل بها او مات عنها وهو اجماع لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل
وبالموت ينتهي النكاح لا منه لانه مضيفا الى الموت لحدهم ولهذا لو قال والله لا
اقربك حتى اموت او تموتي يصير موليا كانه قال ما دام النكاح بيننا والشيء بانتهائه
يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها
نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح قال
والاقيسة تتعارض فيه فقيل يعود بالطلاق المبدل على نفسه باختياره ومقتضاه
وجوب جميع المهر لا سيما اذا كان ذلك بعد عرض نفسها عليه وفيه عود المعقود

علمه وهو النصف لهما بما سماه ومقتضاه ان لا يعطيها شيئا لانسيا اذا كان سواها
كالمتقابل في البيع وليس فيه الا قياسا لا اسمه فكان الرجوع فيه الى النص وظاهر
كلامه يدل على الرجوع الى النص لما كان التعارض القياسين ويؤيده قول
السبيه (?) وليس الامر كذلك فانه لا اعتبار بالقياس مع وجود النص وافق
او خالف اما اذا خالفه فهو متروك مردود واما اذا وافق فلان الحكم في
المنصوص ثابت عندنا بعين النص لا بالعلة ومنهم من قال لنا نقول بالكل (?)
ثبوتا وسقوطا فالقياس المقتضي لوجوب الكل يعمل به في اعمال النصوص (?)
والقياس الذي يقتضي اسقاط الكل يعمل به في اسقاط النصف عملا بهما
وهو مقتضى النص وفي [illegible] العمل بالقياس في معارضة النص المخصوص
جائز وهذا النص قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد الخلوة فيستقيم
الرجوع الى النص المخصوص لتعذر العمل بالقياس قلت لا يجوز تخصيص
النص المخصوص بالقياس وانما الجائز بالقياس زيادة التخصيص بعدما
خص النص بدليل ولا يجوز تخصيصه بالقياس قبل ان يخص لما عرف في اصول
الفقه ثم قال ليس من شأن التعارض بين القياسين تركهما بل العمل باحدهما
قلت الاصل ان الدليلين اذا تعارضا ولم يكن ترجيح احدهما على
الآخر تهاترا وتساقطا ولا يعمل باحدهما للترجيح من غير مرجح والنص
اوجب نصف المفروض بقوله وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم
لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح
والمس الجماع اجماعا ويلحق به الخلوة الصحيحة على ما يأتي والفرض المقدر
واختلف اهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فذهب اصحابنا الى
انه الزوج قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف روينا ذلك عن علي بن ابي طالب
وعبد الله بن عباس وجبير بن مطعم ونافع بن جبير وسعيد بن المسيب
وسعيد بن جبير وشريح ومجاهد ومحمد بن كعب وقتادة والربيع ونافع مولى
ابن عمر والاوزاعي وابن شبرمة والضحاك وابن جريج وابن حيان (?) وجابر بن
زيد وابن سيرين والشعبي والنخعي وطاوس واياس بن معاوية والثوري

والليث والشافعي في الجديد خلافا لما ذكره الزمخشري وابن الخطيب في تفسيرهما
وهو قول ابن حنبل وهكذا ذكره ابو بكر الرازي وابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
والموفق بن قدامة في المغني وقال علقمة والحسن وعطاء وعكرمة وابو الزناد
هو الولي ومالك قال هو الاب وحده في حق [illegible] وهو قول الشافعي
في القديم والجد كالاب فيه في المغني وهو قول الشافعي القديم في حق الاب خاصة
بخمس شرائط ان يكون الذي بيده عقدة النكاح ابا والثاني ان تكون صغيرة
والثالث بكرا والرابع ان تكون مطلقة ولا يجوز عفو الاب قبل الطلاق واي
ان يكون قبل الدخول وفي البسيط على القديم يجوز باربع شرائط احدها في
حق المجبر كالاب والجد والثاني ان تكون ممن لا يملك امر نفسها والثالث ان تكون
بعد الطلاق والرابعة ان يكون دينا لا عينا وقال لمحمد لا فرق بين الدين
والعين والدليل على انه الزوج من تسعة وجوه الوجه الاول روى
الدارقطني باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال ولي العقدة الزوج والوجه الثاني قال الله تعالى
وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وقال
وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا وقال ولا تأخذوا مما آتيتموهن
شيئا وغير هاتين الآيات فانها محكمة وهذه محتملة متشابهة فيرد المتشابه
الى المحكم ذكره الشيخ ابو بكر الرازي والوجه الثالث حمله على
المحتمل على ما يوافق الاصول اولى مع [illegible] والخلاف في ان الاب لا يهب نسيئة
من مال الزوج ولا غيره فكذا المهر والوجه الرابع ان الولي قبل (?) والزوج
سواء في عقد النكاح عند العقد ولا ينفرد احدهما به دون الآخر وبعد العقد
عقدة بيد الزوج دون الولي فانه يتمكن من قطعها بالطلاق وفسخها
بالاستقلال وليس الى الولي منه شيء فكان الزوج احق بهذا الاسم والوجه
الخامس قال ابو اسحاق الاسفرايني اجمع الجميع على ان الولي لو ابرأ الزوج من
المهر قبل الطلاق لا يجوز واذا عفوه بعده الوجه السادس لو
ابرأ الولي زوجها بعد البينونة من نصفها غير المهر لا يجوز فكذا ابراؤه من

مهرها لأن مالها مثله والوجه السابع لو أن لها بنو عمها أو أخوها
أو أعمامها وهم أولياؤها وبأيديهم عقدة النكاح لا يصح لهم عفو فلذا الأب
عاما عقدة النكاح بأيديهم فرجح شريح وطاوس ومجاهد وقالوا الذي
بيده عقدة النكاح هو الزوج ذكره أبو بكر الرازي والأستاذ أبو إسحاق
والوجه الثامن أن عليه جماعة من الصحابة بخلاف قول المخالف
الأخذ به أولى والوجه التاسع الترجيح لقول الجمهور من سادات
التابعين ومن بعدهم فالأخذ بقول الجماهير والسواد الأعظم هو
الطريقة المثلى لا سيما وقد رجع إليه جماعة من السلف لما تبين لهم أنه أقوى
والوجه العاشر سياق الآية في الزوج والزوجة في قوله تعالى
من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة وقد عينت الزوجة فيها
فلذا الزوج حتى لا يخرج الآية عن سبكها ونسقها وحسن نظامها ولا يكون
فيها تنافر والوجه الحادي عشر التمسك بقوله تعالى وأن تعفوا
أقرب للتقوى بما يحسن ذكره الزوج أما عفو الأب عن مهر صغيرة فلا
يقال فيه أقرب للتقوى وقال أبو منصور الماتريدي في ما وبذلك الزوج أقرب
إلى الوفاء بذلك والسعي في العفو والفضل وهو الذي لزم الإمساك
بالمعروف أو التسريح بالإحسان والوجه الثاني عشر قوله تعالى
ولا تنسوا الفضل بينكم خطاب للأزواج والزوجات أي بإعطاء كل الصداق
من الزوج زيادة على الواجب أو بترك كل المهر للمرأة والوجه الثالث عشر
أن الآية في حق الزوجين وحقيهما وفي حقهما فكذا ما بينهما لأنه لا ذكر للولي
فيها نصا والوجه الرابع عشر ليس في ظاهر الآية تخصيص وفيها صار
إلى إخراج جميع من بيده عقدة من الإرادة إلا الأب وحده فكان ما قلنا أحق
وأولى والوجه الخامس عشر أن المراد الولي يتوقف على خمس شروط
بغير دليل وما قلنا لا يتوقف فكان أقوى وأحق والوجه السادس عشر
الذي بيده عقدة النكاح ثابت للرجل وهو الزوج دون الولي كقوله تعالى ونهى
النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى أي الهوى للنفس لا لغيره فإن الجنة المأوى

لا يملكونها وأولاه والوجه السابع عشر عن نافع بن جبير بن مطعم أنه طلق امرأة
قبل أن يدخل بها فأكمل صداقها وقال أنا أحق بالعفو فدل أنهم فهموا ذلك المعنى لأنهم
والقرآن نزل على لغتهم وهم أعلم بمعانيه والوجه الثامن عشر قال
أبو منصور الماتريدي رئيس أهل السنة كان ذلك لا الولي لما دل قول شعيب
لموسى إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فشرط
المهر لنفسه فإذا كان المهر لنفسه جاز إسقاطه والوجه التاسع
عشر فعل الزوج ذلك جائز بالإجماع وفعل الولي شرع بالصغيرة وهو حرام
مع قطع النظر عن الأمر فحملها على الجائز دون المحرم هو الوجه وأحرى بالحال الذي
أن الكتب تنصون هي الكتاب الأولى بوجوه منها أحدها أن الذي بيده عقدة
النكاح للمنكوحة مستمر هو الولي أما الزوج فليس كذلك فإن العقد المتقدم
بل بعد الطلاق وليس بيده عقدة النكاح في شيء ... على ما بعد الطلاق
... الخطاب في أول الزوجات بقوله إلا أن
يعفون ومنهن من لا يصلح للعفو كالأمة والصغيرة فلو لا استثناء المستثنى
من عفو المولى عن الأمة ... أخرجنا عن ظاهر عموم الأول فصار
لأن معناه إلا أن يعفون اللاتي أهل للعفو أو يعفو ولي من لم يكن أهلا
ثانيها أن الأمة على هذا التقدير ... أقسامها فيكون الخطاب
للزوجات ثم الأولياء ثم الأزواج بقوله ولا تنسوا الفضل بينكم رابعها
أن العفو المضاف إلى من بيده عقدة النكاح هو الإسقاط لنفسه
... ولو كان المراد منه الزوج لنفس حمل العفو على الإعطاء وهذا
... العفو ... يقسم سواء أمكنك
... الزوج بحمل المهر كله ... طلق ... إن استرجاع النصف وإسقاط
... خامسها لو كان المراد الزوج
... يعفوا لأن صدر الآية خطاب للأزواج فيكون التفاتا من خطاب
إلى الغيبة سادسها إلا أن يعفون ولم عطف عليه استثناء من قوله
فنصف ما فرضتم بتقديره فنصف ما فرضتم واجب إلا أن يعفو الزوجات

فليس بواجب الا اذا حمل على الزوج صار الكلام فنصف ما فرضتم واجب عليكم
الا ان يعفوا المهر لهن وهو وجوب النصف حينئذ يكون باقيا الدخوله في الكلام
فلا يكون الاستثناء على حقيقته ثم قال ولا يقال نصف ما فرضتم واجب يعني
ان النصف ساقط الا ان يعفوا الزوج فلا يسقط وفهم من الكلام بالسقوط
نوهم رده والجواب عن ذلك اما اولا فممنوع وانما بناه على
اصله ونحن لا نسلم له ذلك وانما الولي بيده بعض عقدة النكاح الى ان
تبلغ فاذا بلغت فلا شي بيده من عقدة النكاح ولان سلمناه العقد ذكرنا
ان الزوج يشاركه فيها ولانه الا انه مستقل بها بعد ذلك على ما تقدم
واضحا ولان الظاهر انه يقتضي التخيير ولا شك في ذلك الا على ما قلناه وعلى
الثاني ذلك من الولي لا عند العقد من الزوجات ليس هذا في الاول
وعن الثاني استلزام الفسخ حاصل اذ رتباه ومعنى ذلك ان المهر كان
واجبا بكماله فان طلقها قبل الدخول صار الواجب النصف الا ان يعفو
فيسقط الكل او يعفوا الزوج فيجب الكل فيكون وافيا بانواع الحكم وعلى ما
ذكره يسقط هذه الصورة وعن الثالث وهو قوله يناسب انتظام الكلام فلو كان
الخطاب للزوجات ثم الاولياء ثم الازواج بقوله ولا تنسوا الفضل بينكم
باطل لان المراد به الازواج والزوجات اذ لا فضل عن الازواج بانفرادهم
وعن الرابع وهو قوله المراد بعفو الزوجات الاسقاط ايضا فممنوع
وذلك من وجوه احدها انه يجوز ان يكون قبض المهور كلها قبل
الطلاق فيجب عليهن رد ذلك وليس بها اسقاط ثانيها يجوز ان يكون
الصداق عبدا معينا او حيوانا او عروضا معينة ولا يتصور فيها
اسقاط وانما يوجد ذلك الا عطا والهبة ثالثها كانت عادتهم
سوق المهر اليها قبل الدخول بعد الزوج فاذا طلقها قبل الدخول
استحق عليها المطلقة انه نصف ذلك فامر المطلقها بدل العقد
عفوا ورابعها الا ان ذلك خرج على وجه المشاكلة خامسها
العفو الفضل ولا شك ان هذا الفضل من الزوج وفضل منها ايضا ويدل عليه

اذ الاب وهو قوله ولا تنسوا الفضل بينكم يعني العفو سادسها ان العفو
التسهيل كما في قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فيكون المعنى ان الزوج يبعث
بالصداق على وجه السهولة سابعها ان العفو البذل لقوله فمن عفي له
اي بذل له وعن الخامس جوابان احدهما انه عدل عن الخطاب الى الغيبة
اشعارا وهو التنبيه على المعنى الذي من اجله يرغب الزوج في العفو ان يعفو الزوج
الذي حبسها لما نا عن الازواج بملك عقدة نكاحها من غير ذنب منها ولا حصل
لها منه استمتاع ولا اشتمل عليها بيده واحسانه وفارقها وقد حصل لها
بذلك كسرة والم ادخله منه بطلاقها فلا جرم كان جبرها بالاحسان لها
بان لا ينقص من صداقها ويعفو لها ويقول باحدهم سيما بل اترك لها الكل
والجواب الثاني الالتفات من انواع البدائع وقد التزم امرؤ القيس
بذلك التفاتات في ثلثة ابيات وقد تقدمت في اول الكتاب فليقف من اراد
فائدة ما يلزم والجواب عن السادس ما تقدم عن الثاني الجواب
تصريف يعفون الرجال يعفون والنساء يعفون ولا يجد في الصورة
يختلف في التقدير فالاول يعفون اصله يعفوون مثل يخرجون استثقلت
الضمة على الواو فحذفت ما قبلها فحذفت ثم حذفت الواو لالتقاء الساكنين وهي
لام الفعل والواو الموجودة ضمير الجماعة وفي الثاني لام الفعل والنون
ضمير جمع المؤنث وهي مبني والاول معرب رفعه باثبات النون ونصبه وجزمه
بحذفها قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر
لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وفي البدائع يعتبر المثل
بحال العقد عند عدم التسمية عندنا حتى لو زاد على ذلك بعد ولذا يجب
المسمى بالعقد كله وتطالب به ويسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه وفي الوجيز
المفضل قبل الدخول وهو كالنكاح او يجب كل المهر بعد الدخول والنصف
قبله الا انه يسقط بالطلاق انتهى كلامه وقبل الطلاق قبل يسقط كل المهر
ومنه النصف بطريق المتعة لانها عطية معلقة بنصف المهر ذكره في
البدائع والمشهور الاول وقال ابو عمر الظاهر من مذهب مالك انه لا يستحق من الصداق

بالعقد لا النصف ولو كان سمى لها مهرا وطلقها قبل الدخول لم يكن عليها شيء وعنه
انها تستحق كل المهر لقول الجماعة والمفوضة اذا مات زوجها عنها قبل الفرض
لها وعليها العدة ولها الميراث وفي البسيط في المفوضة يجب مهر المثل بالوطء
عند العراقيين والمراوزة ولا يجب بالعقد عند المراوزة ويسقط بالطلاق
قبل المسيس على المنصوص ولا يشطر وفي البدائع لا يجب مهر المثل
بلا خلاف عندهم ويجب على الوفاة بالمسيس وخرج القاضي قولا
خالف فيه الجمهور وقولنا اذا قلنا لا يجب مهر المثل بالعقد لا يجب بالمسيس
وفي المنهاج الاظهر انه لا يجب شيء للمفوضة بنفس العقد فان وطئها
يجب مهر المثل ويعتبر حال العقد في الاصح ولو طلقها قبل الفرض والوطء
فلا تشطر واذا مات احدهما قبل الفرض والوطء لم يجب مهر المثل في الاظهر
وقال النووي الاظهر وجوبه وعند ابن حنبل يجب بموت احدهما في الصحيح
ويجب بالدخول ولا يسقط بالطلاق قبل الدخول الا بعد الفرض وقول
مالك في المفوضة قول علي بن ابي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وهو قول
الاوزاعي والليث والزهري والشافعي ومذهبنا قول ابن مسعود رضي
الله عنه وقضاؤه وبه قال الحسن البصري ورواه عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ذكره عنه ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه والحسن بن حي وابن
شبرمة وابن ابي ليلى والشافعي في رواية البويطي وابن حنبل واسحق
ابن راهويه وابو ثور ومحمد بن جرير الطبري وداود وفيما اذا تركا ذكر
المهر وان نفيا اصل النكاح ذكره عنه في المحلى وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة
عن ابن عباس لها نصف الصداق اذا الصداق وسئل ابو بكر بن ابي شيبة
فيه وقال الشافعي ان صح حديث بروع فلا حجة لاحد مع السنة لنا
حديث علقمة بن ابي مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض ولم يمس
فردهم ثم قال اقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان
مني ومن الشيطان ان لها مهر امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط
وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال اشهد

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق امرأة من بني رواس حي
من بني عامر بن صعصعة رواه الخمسة وقال الترمذي حديث حسن صحيح وقال
ابن المنذر في كتاب الاشراف ثبت مثل قول ابن مسعود عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم وبه نقول وعن عبد الله بن عتبة بن مسعود ان عبد الله بن
مسعود اتي في رجل بهذا الخبر قال فاختلفوا اليه شهرا او قال مرات
قال فاني اقول فيها ان لها صداقا مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط
فان لها الميراث وعليها العدة فان يك صوابا فمن الله وان يكن خطأ
فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريئان فقام ناس من اشجع فيهم الجراح
وابو سنان فقالوا يا ابن مسعود نحن نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى في بروع بنت واشق وان زوجها هلال بن مرة الاشجعي
كما قضيت ففرح عبد الله بن مسعود فرحا شديدا حين وافق قضاؤه
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وبروع بكسر الباء الموحدة
وسكون الراء وفتح الواو وبعدها عين مهملة هو المشهور وقال بعضهم
بروع بفتح الباء وقال بعضهم بروع بكسر الباء وراويها سالته
وواشق بكسر الشين المعجمة وهلال بن مرة لم يذكره النمري في الصحابة
واستدرك عليه قال المنذري وذكره البيهقي عن عبد الرحمن بن مهدي
باسناد صحيح وقال البيهقي جميع روايات هذا الحديث اسانيدها
صحاح وبروع على المشهور وعيوع لواحد وروي عن على انه رد
الاسناد معقل بن سنان اعرابي بوال على عقبيه قال المنذري هذا
والوكس النقص والشطط الجور وهو الزيادة على قدر الحق
وان المهر استحق بالعقد على المرء وجهها فهلك الا ترا دون
وروى عن رجل زوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة ولم يسم
لها مهرا وكان ممن شهد الحديبية وكان من شهدها له سهم
فلما حضرته الوفاة قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم
افرض لها صداقا ولم اعطها شيئا واني اشهدكم اني اعطيتها من صداقها

فاخذت سهمها فيا عنه بائن الف رواه ابو داود فدل
سهمي
ذلك على لزوم الصداق وان لم يسم ولو طلقها قبل الدخول بها يعني
ولم يسم لها مهرا فاسدا فلها المتعة وهو قول ابن عمر وابن عباس
والحسن وعطا وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري
والشافعي وابن حنبل في رواية جماعة عنه وعنه يجب نصف مهر المثل
كما لو تزوجها على خمر او خنزير عنه وقال مالك المتعة مستحبة وهو
قول ابن ابي ليلى والليث لنا قوله تعالى ومتعوهن والامر للوجوب
واداء الواجب من الاحسان وفي المغني فان تزوجها بغير صداق بغير اذنها
او فسدت التسمية فان مهر مثلها يتنصف بالطلاق قبل الدخول وهو
قول الشافعي وعنه لها المتعة لا غير وهو قول ابي حنيفة واصحابه
قال لان التسمية اذا لم تكن صحيحة كانت كلا تسمية فصار كمعوض البضع
والمعوض بكسر الواو وفتحها قوله فلو طلقها قبل الدخول بها
فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن ولقوله تعالى فمتعوهن وسرحوهن
ثم هذه المتعة واجبة عند الجمهور وقال مالك والليث وابن ابي ليلى مستحبة
وقال علي لكل مطلقة متعة وقاله الزهري ومثله عن القاسم بن محمد
وعندنا تجب في صورتين في الطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية
والتسمية الفاسدة لانه لا يجب فيها شي غيرها اذا كان الطلاق قبل
الدخول تعلق مالك والليث بقوله تعالى حقا على المتقين حقا على المحسنين
والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما ولنا المتمسك بالقر
وبقوله حقا وبكلمة على كل واحد منهما للوجوب واللزوم وذكر المتقين
والمحسنين للتاكيد كقوله تعالى انما انت منذر من يخشاها مع انه
منذر للكل لكن لما لم ينتفع به الا هو صار كانه لم ينذر غيره كذا قيل
ذكرنا ولو ذكره يلزم ايضا فان المندوب والمستحب لا يختلف فيه المحسن
والمتقي وغيرهما وياتي انواع المتعة بعد هذا ان شاء الله تعالى وهي
ثلاثة اثواب كسوة منها درع وخمار وملحفة وهكذا في البدائع وهو

مروي عن الحسن البصري وعامر الشعبي وسعيد بن المسيب وعطا ويروى
عن عائشة وفي الذخيرة بثلاثة اثواب قميص ومقنعة وملحفة وسط لا
جيد في غاية الجودة ولا رديء في غاية الرداءة لا يزاد على نصف مهر مثلها
ولا ينقص عن خمسة دراهم وفي الينابيع ان كانت من السفلة فمتعتها من
الكرباس وان كانت من الوسط فمتعتها من القز وان كانت من مرتفعة
الحال فمتعتها من الابريسم وقال هذا هو الصحيح في المعنى اعلاها خادم
ويروى ذلك عن ابن عباس كذا ذكره في المغني وادناها
كسوة يجوز فيها الصلاة وان كان فقيرا متعها درعا وخمارا وثوبا
تصلي فيه وقال الاوزاعي والثوري وعطا ومالك وابو عبيد كقولنا
وعن ابن حنبل في رواية يرجع فيها الى الحاكم وهو احد قولي الشافعي
وهو بعيد وروي عن عبد الرحمن بن عوف انه طلق
الكلبية ومتعها جارية اي متعها قال النخعي العرب تسمي المتعة التحميم وروي
عن الحسن بن علي انه طلق امراة ومتعها بعشرة الاف درهم فقالت متاع
قليل من حبيب مفارق وفي المبسوط قبل الفرض والمسيس تجب المتعة
وبعد الفرض يجب مهر المثل وفي المتعة قولان وان وجب لها نصف
مهر المثل فلا متعة وفي المنهاج يجب متعة اذا لم يجب نصف مهر المثل
قبل الوطي وكذا للموطوءة في الاظهر مع مهر المثل وفي الصحاح درع
المراة قميصها وهو مذكر ودرع الحديد يونث مصغر بغير ها على غير
قياس وهي تسوي بين موزون يبدء عن القياس وهو دويع وقويس
وحريب درعها قويس ... كذا نصف عروس ضحى عريب والحودي
تدريقدير وفي المنافع هي درع اي قميص وهو من العر
الى القدم وخمار وملحفة قال وهو مأثور عن ابن عباس وقوله من كسوة
مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهذا الى الثوري قال والصحيح
انه يعتبر حاله ولذا ذكره المرغيناني في الكتاب قال المتعة
ثلث مجمر وخادم والخمار ما تستر المراة على راسها ذكره في الصحاح

والخادر الازار الذي هو الملحفة والكم القميص فارسيان وفي البدائع قبل
تفسير المتعة بحاله وبه قال ابو يوسف وقيل تعتبر بحالها وقيل بحالهما
وقيل في المتعة الواجبة بحالها لانها قائمة مقام مهر المثل وفي المستحبة
بحاله قال في الايضاح الاشارة الى اعتبار حالها وهو قوله بالمعروف فلو اعتبر
بحاله وحده لسوينا بين الشريفة والوضيعة في المتعة وذلك غير معروف
بين الناس بل هو منكر ثم قال المتعة الواجبة لا تزاد على نصف مهر مثلها
ونصفه تمام المتعة اذا كان عند صحة التسمية الا انه يوجب نصف
المسمى حتما والمتعة على قدر حاله وقد اختلفوا في وجوب مهر المثل بعد موته
فلذا قد اختلفوا في وجوبه مطلقا ولم يختلفوا في وجوب المسمى ونصفه
ثم لا تزاد على نصف المسمى فلا تزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن
خمسة دراهم اذ هي اقل عوض تثبت في النكاح وتجب المتعة بالفرقة
بالايلاء واللعان والجب والعنة وكل فرقة جاءت من قبله قبل
الدخول بلا تسمية ولذا ردة الزوج واباؤه الاسلام وكل فرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول فلا متعة لها فيها كالردة والتقبيل
والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ولذا لو فسخه
بخيار البلوغ ولذا لو اشترى منكوحته من المولى او اشترى وكيله
منه يسقط كله والمتعة ولو باعها من رجل فاشتراها الزوج
منه يجب نصف المهر والمتعة ان لم يسم المهر وان اشتراها وكيله
من وكيل المولى فلا شيء فيه وان ارتد الزوج او قبل امها بشهوة قبل
الدخول يجب نصف المهر والمتعة ان لم يكن له مسمى لان ذلك طلاق
حكما ذكر هذه المسائل في الذخيرة لانه لا يجب فيها المهر ولذا المتعة
وان اختارت نفسها بتخيير الزوج فلها المتعة لانها من قبله ذكره
في البدائع وقال الشافعي في المتعة استحسن ان يكون ثلاثين درهما
كما قال في الشفعة استحسن ان يثبت الشفعة للشفيع الى ثلاثة ايام
قال واستحسن ان يحلف على المصحف قال واستحسن ان يحلف بعد

العصر

العصر يوم الجمعة وغير ذلك وقد قال من قال بالاستحسان فقد شرع وجميع
السلف واهل الاجتهاد في الفاظهم الاستحسان وقد قال ائمة الامر قاطبة
بالاستحسان في الاستصناع ودخول الحمام واستحسانه المذكور عندنا
غير معمول به اذ ليس له مستند شرعي والاستحسان عندنا احد القياسين
وهو القياس الخفي الذي ظهر لنا ثم سمي استحسانا اي وهو قياس خفي
مستحسن ذكره شمس الائمة السرخسي في المبسوط واصول الفقه وقد
ذكرت هذه المسئلة مستوفية في مسئلة تحريم الجمع بالخيل قوله
وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها
او مات عنها وهو اجماع وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وفي
البدائع لو طلبت من الزوج الفرض يجبر على مهر المثل فان لم يفعل ناب
القاضي منابه في الفرض وكذا لها ان تمنع نفسها حتى يفرض ويسلم اليها
ولها المتعة ان طلقها قبل الدخول بها والخلوة وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وابي يوسف في قوله المرجوع اليه وهو رواية عن ابن حنبل
وعلى قول ابي يوسف الاول وهو قول مالك والشافعي وظاهر
الرواية عن ابن حنبل يتنصف المفروض كالمسمى وهو قول ابن عمر وعطا
والشعبي والنخعي واحتجوا بقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا
قوله تعالى فمتعوهن والفرض المطلق يتصرف الى المتعارف بين الناس
وهو المقدر الذي في العقد ولا يتناول غيره لان المطلق لا عموم له وقالوا
كلمة ما التي هي بمعنى الذي لا عموم لها عندهم بخلاف الشرطية
والاستفهامية ولان الواجب قبل الفرض المتعة على ما مر وان
حط عن مهرها صح الحط من المسمى وهو اجماع قوله
واذا خلا بامراته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها
قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف وابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
وابو بكر الرازي في احكام القران هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه
وعلي بن ابي طالب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ

وبه قال عروة بن الزبير وعلي بن الحسين زين العابدين وسعيد بن المسيب
والزهري والنخعي والأوزاعي والثوري واحمد بن حنبل واسحق بن راهويه
وقديم قول الشافعي وحكى الحافظ ابو جعفر الطحاوي انه اجماع
الصحابة وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو اتفاق الصدر الاول
وروى ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه عن عوف عن زرارة بن ابي اوفى
قال سمعته يقول قضاء الخلفاء الراشدون المهديون ان من اغلق
بابا وارخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة ومثله في رواية
الشيخ ابي بكر الرازي وقال شريح والشعبي وطاوس وابن
سيرين وابو ثور والشافعي في الجديد لا يجب بها الا نصف المهر قال
ابو بكر الرازي وابو بكر بن المنذر وروي عن ابن مسعود وابن عباس
رضي الله عنهما مثله قال ولا يصح ذلك عنهما لان في حديث ابن عباس
ليث بن ابي سليم وهو ضعيف وقال ابن قدامة في المغني وقد روى
حنظلة عن ابن عباس خلاف هذا وهو اقوى من ليث وحديث ابن
مسعود منقطع ولهذا قال وقال مالك ان خلا بها في منزلها فلها نصف
المهر وان خلا بها في منزله فلها المهر كله ذكره عنه في الاشراف
وذكر الشيخ ابو بكر الرازي عنه انه قال ان تطاول ذلك وجب المهر
كاملا في الخلوة هذا ان طال المقام يتقرر الكامل في احد القولين
ثم قيل حد الطول سنة وقيل لم يحد طولا في خلوة العادة وفي خلوة
الزيارة اذا تصادقا على نفي الوطء استقر عندهم
وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة قال عمر اذا اغلقوا بابا وارخوا
سترا وكشف خمارا فقد وجب الصداق وفيه عن ابراهيم عن عمر مثله
وزاد وخلا بها وفيه وعن جابر اذا نظر الى فرجها ثم طلقها فلها
الصداق وعليها العدة وعنه صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف
خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه
الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه ولان المرأة ليس من

وسعها الا التمكين من نفسها وقد وجد منها فوجب ان يتقرر مهرها كالبائع
اذا خلا بين المشتري والمبيع وكالأجير اذا خلى بين المستأجر والمستأجر
فان الثمن والاجر يتقرر بها لوجود القبض الحكمي كذا هنا وقال شريح يجب
بها العدة ولا تثبت بها المهر ذكره في الشفعة قال اصل المتعة خادم واما
قوله تعالى من قبل ان تمسوهن فيجوز ان يكون كنى بالمسيس عن السبب
الذي هو الخلوة ولذا الافضاء هو الخلوة لانه مأخوذ من الفضاء وهو
المكان الخالي ولانها مستحكمة على ما ذكرنا واغلق بابا هو الفصيح
وجاء غلقت الباب وباب مغلوق في لغة رديئة ذكرها في الصحاح وغلقت
الابواب شدد للتكثير من رباعي وفي الذخيرة ثم ان الاصحاب اقاموا الخلوة
الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الاحكام دون بعض فاقاموها مقامه
في حق تأكد المهر المسمى في العقد وتأكد مهر المثل والمفروض وفي
حق ثبوت النسب ووجوب العدة والنفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة
نكاح اختها وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة على قياس
قول ابي حنيفة ومراعاة وقت الطلاق في حقها ولم يقيموها مقام الوطء
في حق الاحصان وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة والميراث وبه
قال الثوري واما وقوع طلاق آخر فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو
اقرب للصواب لانه الاحتياط ثم هذا الطلاق هل يكون رجعيا او بائنا
قال شيخ الاسلام في باب العنين يكون بائنا وفي المغني له الرجعة عند
ابن حنبل ولا غسل عليها ولا يخرج بها عن العنة ولا تحصل به الفيء في الايلاء
ولا تسليمه للعبادات ولا تحنث الكفالة ولو قبلها او باشرها من غير
خلوة او نظر اليها عريانة تغتسل او اطلع على الحرم لغيره من غير
خلوة ثم طلقها فعليه نصف مهرها عندنا وعند ابن حنبل يجب عليه
المهر كاملا اولو انه وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان
او محرما في الحج فرض او نفل او عمرة او كانت حائضا او نفساء او صغيرة
لا تحتمل الوطء لجماع او صغيرا كذلك وفي السفل او علا او سفرا لا يمكن

جامعها وفي القنية صغير يقدر على الايلاج لا يصح خلوته كال المهر وقال بشرف
الا يمه ان كان يشتهي ويتحرك ينبغي ان يكون وقال الخجندي يتاكد بها فليست
الخلوة صحيحة اعلم ان المهر يتاكد باحد امور ثلثة بالدخول وبموت احد الزوجين
وبالخلوة الصحيحة على ما ذكرنا ويفسد الخلوة بموانع ثلثة بالمانع حسي وشرعي
وطبعي على ما ياتي تفصيله وهو قول شريح وابي ثور واخرين وقال ابن
حنبل لا يمنع الا الاحرام والصيام والحيض والنفاس وغيرها من صحة الخلوة ولذا
لا يمنع المانع الحسي كالجب والعنة والرتق والقرن لما روي عن الصحابة والسلف
وعنه انه الكمال كقولنا وعنه انه فرق بين صوم رمضان في حق المقيم وبين
غيره وهذه الموانع اذا كانت فيها فالتسليم ناقص ولا يتكامل به وان كانت فيه
فلذلك اذ في وسعها التسليم ناقص فلا يتكامل به وان كانت فيه فلذلك
اذ في وسعها التسليم الكامل بعد زوال هذه الموانع فلا يكتفي بالقاصر
والمرض المراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن
تكسر وفتور والتفصيل في مرضها وفي الذخيرة مرضها متنوع بلا خلاف
واختلفوا في مرضه قيل متنوع وقيل جميع انواعه مانع على كل حال وفي
جوامع الفقه ومرضه او مرضها يمنع اذا كان يضره الجماع وقال الصدر
الشهيد يمنع جميع انواعه هو الصحيح وصوم رمضان مانع بلا اختلاف لما
يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام بالحج فرضه ونفله مانع بلا اختلاف
بالاتفاق ولذا الاحرام بالعمرة لما يلزم في ذلك من الدم وفساد النسك
والقضاء والحيض والنفاس مانعان طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما
تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى
قال وهذا القول في المهر هو الصحيح وفي جوامع الفقه قيل صوم النفل
بعد الزوال يمنع والنذر كالنفل بخلاف الفرض والقضاء والرتق والحيض
والاحرام وفي الكتاب وصوم القضاء والمنذور كالمتطوع في رواية لعدم
الكفارة فيها وفي البدائع روى بشر عن ابي يوسف ان صوم النفل
وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا يمنع الخلوة وذكر الحاكم الجليل

في مختصر ان نفل الصوم كفرضه قال فكان في المسئلة روايتان وفي المنافع في
صوم التطوع والكفارات روايتان بالقطع وقال القدوري الصحيح
ان التطوع والقضاء والنذر لا يمنع صحة الخلوة والصلوة كالصوم فرضها
كفرضه ونفلها كنفله وفي العيون الحائض او المحرم اذا جاءت بولد
يجب المهر بذلك كاملا وفي البدائع المانع الحقيقي كالمرض والقرن
والرتق ونحوها والشرعي كالصوم والصلوة واحرام الحج والعمرة والحيض
والنفاس شرعا وطبعا للنجاسة والنفرة منهما ولا ذكر في الطبيعي ان يكون
معهما ثالث وسواء كان الثالث بصيرا او اعمى يقظان او نائما بالغا
او صبيا عاقلا رجلا او امراة اجنبية او منكوحة اذ الاعمى يحس والنائم
يحتمل ان يستيقظ كل ساعة او يكون متناوما وفي الذخيرة اذا كان معهما
ثالث لا يصح الخلوة الا ان يكون صغيرا لا يعقل يعني ممن لا يشعر بذلك
او مغمى عليه والمجنون كالصبي وقيل مع المجنون والمغمى عليه لا يصح الخلوة
وان كانت معه زوجته الاخرى لا يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد
وقد رجع اليه وكان قد افتى بالرقة بصحتها ثم رجع لان هشام كان
محمد يرى له ان يطاها بحضرة الاخرى ثم رجع وفي غرائب الاكمل لو كان في
البيت عشر جوار يحل له وطيهن لا يضر بالخلوة وان كان معهما امراة و يحل
وطيها عليه حرام لا يصح الخلوة معها والصغير لا يضر بالخلوة قال محمد كنت
قلت بالرقة هذا ثم رجعت عنه وقلت يكره ان يطأ احدى امراتيه
بحضرة الاخرى وفي الولوالجي لا يكره ويكون خلوة وفي جوامع الفقه
في الظلام جاز وبينهما يمنع الصحة كالاجنبية على الخوف جاريته وفي الذخيرة
ان كان معهما كلب عقور لا يصح الخلوة وان لم يكن عقورا ان كان
للمراة فكذلك وان كان للزوج يصح الخلوة معه والمكان الذي يتوقف فيه
الخلوة على قسمين منه ما يصح فيه الخلوة ومنه ما لا يصح كالمسجد
والطريق الاعظم والحمام وقال شداد يقول في المسجد والحمام يصح اذا
كانت في الظلام وهي كالستر وفي المنتقى ابرهيم عن محمد في رجل

ذهب بامرأته الى رستاق فرسخين بالليل في طريق الجادة لا تكون خلوة وان عدل
بها عن الطريق الى مكان خال يكون خلوة ولو حج بها وتركه في مفازة من غير خيمة
فليس بخلوة وكذا في المحمل ولو كانا في بيت غير مسقف فهو خلوة وكذا على
سطح الدار ذكره في المستصفى مطلقا قالوا اذا لم يكن على جوانبه سترة لا تكون
خلوة ولهذا ذكر القدوري في شرحه على قياس ما قال لا تصح اذا كانا في المسجد
والحمام تكون خلوة اذا كان في ظلمة وكذا السطح في الظلمة وهشام عن محمد
خلا بها في بستان ليس عليه باب لا تكون خلوة وفي المحمل عليه قبة مضروبة
ليلا او نهارا وهو يقدر على وطئها فهو خلوة ولو كان بينهما وبين السائرين
نوبة فتوقف قال ابو يوسف لا تصح الخلوة وكذا المستور القصير بحيث لو
قام رآها ولو دخلت عليه ولم تعرف انه هناك او دخل هو عليها ولم تعرف
لا تكون خلوة كذا اختاره ابو الليث وقال الفقيه ابو بكر تكون خلوة
ولو رد عليهما الباب ولم يغلق وهما في خان يسكنه الناس والناس
قعود في ساحة الخان ينظرون من بعيد ان كانوا مترصدين لهما بالنظر
لا تكون خلوة واما النظر من البعد والقعود في الساحة من غير ترصد
للنظر فلا يمنع الخلوة لانهما يقدران على الانتقال الى زاوية وعلى سترة
لا تقع ابصارهم عليهما وقد قيل لو كان البيت في دار بابه مفتوح
لا يدخله احد الا باذن تصح الخلوة وفي البدائع الخلوة في الحجلة والقبة
صحيحة قال لامرأته ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها وقع الطلاق ويجب
نصف المهر فرع في المحيط قيل يدخل بها اذا بلغت وقيل اذا
كان بنت تسع وقيل ان كانت سمينة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها والا فلا
هكذا روي عن محمد ولهذا اختلفوا في وقت الختان فقيل لا يختن حتى يبلغ
لانه للطهارة ولا طهارة عليه حتى يبلغ وقيل اذا بلغ تسعا وقيل عشرا
ويقال ان انصرف للوصف والزيادة جمع مع اسما فعلانة في مؤنثه وقد
حصروا ما جاء في مؤنثه فعلانة في قولهم

اجز فعلى لفعلانا ... اذا استثنيت حبلانا
وحبلانا ودخنانا ... وسخنانا وسيفانا
وصحيانا وصوجانا ... وعلانا وقشوانا
ومصانا وموتانا ... وندمانا ونصرانا

هكذا ذكره ابن مالك وبقي عليه عريان واليان وخمصان زمان موتها بالبنا
وذكر ابن عصفور ان الجراد اذا بدت في لونه الا حمرة صفرة وبقيت الحمرة فيه
خيفان وخيفانة وللفرس خصانة قال ابو حاتم في كتاب الطيور وكذا
في الصحاح لكن بابه فعلى لا فعلانة قوله وان خلا المجبوب
بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقد ذكره في العيون
وبه قال عطاء وابن ابي ليلى والثوري على اصلهم ان الموانع الحقيقية
والشرعية تمنع صحة الخلوة وهو قول ابن حنبل وقد ذكرناه قبله
وقال ابو يوسف ومحمد لها نصفه لقيام المانع الحقيقي وهو العجز من المرض ولابي
حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق اذ الوطي غير موجود منه
وقد اتت باقصى ما في وسعها من التمكين الذي يقام مقام التسليم فاشبه
العنين في كمال المهر قال في الحواشي وليس كما لو سلمت والزوج محرم
او صائم بفرض او مريض او عنين لان في وسعها التسليم بعد
زوال هذه العوارض قلنا قد ذكرنا ان في العنين كمال المهر
وفي المنافع المجبوب الذي استوصل ذكره وخصيتاه واكب القطع وفي
المصفى المجبوب مقطوع الذكر والخصيتين وفي الاسبيجابي والوبري
المجبوب هو الذي قطع ذكره ولم يذكر قطع الانثيين والظاهر انه ليس
بشرط وفي البدائع خلوة العنين والخصي صحيحة لانهما لا يمنعان والخصي
صحيحة لانهما يمنعان الجماع الخلوة عندهما وفي القنية تصح خلوة العنين اجماعا
ومثله في التحفة والعيون وفي المبسوط في اختلاف زفر ويعقوب رفع
امر فرقة عنينا فالخصومة فيها للمولى عند ابي يوسف وعند زفر
اليها قال لابي يوسف المولى محتاج الى ما لابد حقه في المهر فدل ان خلوته
غير صحيحة وخلوة المجبوب تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ان امرأته جاءت

بولد يثبت نسبه منه واستحقت كل المهر بالاتفاق قوله وعليها
العدة في هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل وهذا لثبت
النسب مع هذه الموانع بعد الخلوة ويجب المهر كاملا وان لم يخل بها فلا
عدة عليها بالاجماع والعدة حق الشرع والولد فلو ذكر القدوري في شرحه
ان كان المانع شرعيا يجب العدة لانه يتمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض
والصغر لا يجب لعدم التمكن حقيقة وفي الاسبيجابي والوبري عليها العدة
مع نصف المهر عندهما وفي الوبري عليها العدة في قولهم جميعا بالخلوة
وفي البدايع لا اشكال في وجوب العدة على قول ابي حنيفة اما على قولهما
فقد ذكر الكرخي انها تجب عندهما ايضا وعن ابي يوسف ان كان شرعيا يجب
وان كان امر لا فلا عدة عليها وان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه
قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها
زوجها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وفي بعض النسخ ولم يسم لها مهرا
وفي المنافع وقع الاشتباه هنا في الاستثناء وفي صدر الكلام اما
الاستثناء فانه ذكر في المبسوط والايضاح ان المتعة تستحب للتي طلقها قبل
الدخول وقد سمى لها مهرا فسد الاستثناء على هذا واما في صدر
الكلام فلان المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا
قال والجواب ان المتعة في الاشتباه ليست بمستحبة عند القدوري
فقد ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة التي طلقها
قبل الدخول ولم يسم لها مهرا والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها
قبل الدخول وقد سمى لها مهرا ووجهه ان نصف المهر وجب لها
بطريق المتعة على ما سبق فلا يستحب المتعة مع متعة اخرى وفي التحفة
والقنية ان المتعة تستحب لكل مطلقة لم تستحق بالطلاق كل المهر
والنصف والمراد من قوله لكل مطلقة غير التي يجب لها المتعة
لانه بين حكمها قبل هذا بغير واو في صدر الكلام وفي استثناه
تحريا للصواب فاطلقوا لفظة الاستحباب على الواجب كاطلاق الواجب

على المفروض فالحاصل ان المطلقات اربع مطلقة قبل الدخول والتسمية
والمتعة لها واجبة ومطلقة بعد الدخول وقد سمى لها مهرا ومطلقة
بعده ولم يسم لها مهرا فالمتعة مستحبة لها ومطلقة قبل الدخول
بعد التسمية وهي التي لا تستحب لها المتعة كما ذكرنا فهذا حاصل
ما ذكره الشيخ بدر الدين والشيخ حميد الدين وعن القدوري يستحب
لها المتعة ايضا قوله وينتصف المهر بطريق المتعة وهو
اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا ان الطلاق قبل الدخول يسقط
جميع المسمى وانما وجب نصفه بطريق المتعة فلا يشن عليه فكان من باب
الفضل المتشابه والمتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة اذ مهر المثل لم
يتنصف لجهالته فكانت خلفا عنه فيختص وجوبها بنكاح لا يجب
فيه شيء آخر وهو غير جار في الا لمشروعية الطلاق
وفي بعض مشكلات القدوري ان المتع اربع واحدة واجبة كما تقدم
وواحدة سنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا وهو فعل
اكابر اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة منها مستحبة وهي
التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها شيئا وظاهر مثلها مع متعة مستحبة
وهي دون السنة لبذل الزوج بدون تسمية المهر وواحدة منها لا تستحب
والمستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقد مر
وفي الينابيع ذكر الاوزجندي كما ذكرنا اولا وذكر الكرخي انها تجب
اذا لم تستحق بالطلاق شيئا من المهر او النصف وتستحب لكل مطلقة في قول
اصحابنا جميعا ولذا ذكره الرازي فثبت ان المذكور في الكتاب غلط
من الكاتب وفي النهاية المطلقات على ثلاثة اقسام مطلقة قبل
الدخول والتسمية والفرض وهي تستحق المتعة والثانية التي فرض لها
الصداق وطلقت قبل المسيس فلها نصف المفروض او نصف المسمى
في اصل العقد ولا متعة لها في ظاهر المذهب والثالثة هي التي استقر
لها مهرها بالمسيس ثم طلقها ففي وجوب المتعة لها قولان والمنصوص عليه في

الجديد استحقاقها لان ما سلم لها من جميع المهر في مقابلة البضع
لا في مقابلة العقد والطلاق قلت هذا بعيد لان مع وجوب
نصف المهر او نصف المفروض اذا لم تستحق المتعة فمع وجوب جميع
المهر والمفروض بعد الاستقرار اولى ان لا تستحق قوله
لان ما سلم لها من جميع المسمى او المفروض انما هو في مقابلة منفعة البضع
لا في مقابلة العقد باطل لانه لو كان لذلك لما احتسب على جميع المسمى
قبل الوطء ولا احد على الفرض بطلها قبل الوطء وانما هو شرط
استقرار كل المهر بالعقد قال واذا جمعنا المطلقات فاردنا نظم
الاقوال فاذا هي ثلثة اقوال احدها لا متعة الا للتي طلقت قبل
المسيس ولم يفرض لها وهي المفوضة القول الثاني ان لكل مطلقة متعة
واستبعدوه وهو مروي عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه وفي
المغني لا تجب المتعة مع الفرض ولا مع المسمى عند العقد اذا طلقها قبل
الدخول وفي رواية حنبل عن ابن حنبل تجب لكل مطلقة وان طلق المفوضة
بعد الدخول وقد فرض لها فلها الفرض ولا متعة لها ولها مهر المثل
في ظاهر المذهب ويستحب لكل مطلقة غير التي تجب لها وهي الاولى
والمتوفى عنها زوجها لا متعة لها بالاجماع قوله واذا زوج
الرجل بنته على ان يزوجه الرجل بنته او اخته ليكون احد
العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان وفي البدائع او يزوجه
امته على ان يزوجه الاخر امته وهذه المسئلة فاسدة لان كل
واحد منهما جعل بضع كل واحدة مهرا للاخرى والبضع ليس بمال وهذا
لا يجوز بيعه ولا اجارته فيجب مهر المثل لكل واحدة والنكاح
صحيح وفي المحيط صورته ان يزوجه ابنته على ان يزوجه الاخر
ابنته على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى فيصح النكاح
ويبطل الشرط ويجب مهر المثل عندنا صداقا للاخرى فيصح النكاح
وفي الجواهر قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك وبضع كل واحدة

صداق الاخرى وفي المحيط لو لم يقل على ان يكون بضع كل واحدة صداقا للاخرى
جاز النكاح بالاجماع ولا يكون شغارا لانه قلت ليس كذلك
ولو زوج بنته من رجل على ان يكون نصفها لفلان فلا رواية فيه قيل
يجوز لانه ملكه جميع البضع بشرط ان يكون نصفه لغيره فيبطل الشرط
ويصح النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة وقيل لا يجوز النكاح
للاشتراك كما لو زوجها من اثنين فان زوجه بنته بالف على ان يزوجه
بنته بالف جاز النكاح بالمسمى فان لم يزوجه الاخر فللمتزوج
تمام مهر مثلها لفوات المنفعة المقصودة الذي الزم المحروم وان كانت
المنفعة للاجنبي لا يكمل مهرها عند فواتها وفي المنهاج زوجتكها على
ان تزوجني بنتك وبضع كل واحدة صداق الاخرى فقبل فهو الشغار
فان لم يجعل البضع صداقا فالاصح الصحة وفي البسيط فالصحيح الصحة
ولو قال زوجتك ابنتي بالف على ان تزوجني ابنتك بالف وبضع كل
واحدة منها صداق الاخرى قال في المنهاج بطل في الاصح وفي البسيط
فيه وجهان احدهما البطلان قال والصحيح وهو ضعيف وفي المغني
اذا شرط في نكاح احداهما تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة منهما
صداق الاخرى قلت قول صاحب المحيط والبدائع واقوال
اصحاب الائمة الثلثة ومن قبلهم في هذه المسئلة ان كل واحد منهما
جعل بضع ابنته صداقا للاخرى سهو وغلط بلا تردد لان بضع كل
واحدة اذا كان صداقا وهو عوض عن المعقود عليه اذ الصداق
معقود به لا معقود عليه فعلى عباراتهم لا يبقى هنا معقود عليه
وفي الحواشي لانه جعل ابنته منكوحة للاخر وصداقا لابنته فاقتضى ذلك
انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف منها منكوحا للزوج
لكونه معقودا عليه والنصف لابنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك في البضع
والانفصال عنه يابى عن قرب وقال عطاء وعمرو بن دينار ومكحول
والزهري والثوري نكاح الشغار جائز ولكل واحدة صداق

مثلها وقال الأوزاعي إن كانا دخلا بهما فلهما مهر مثلهما وقبل الدخول يفسخ
وليس يقبل العقد ذكر ذلك كله في الإشراف ومصنف أبي بكر بن أبي شيبة
وقال مالك والشافعي وإسحق وابن حنبل إن جعل بضع كل واحدة صداق
الأخرى لم يصح النكاح ثم إن أصحاب الأئمة الثلاثة اختلفوا في مذاهب
أئمتهم اختلافا كثيرا فحكموا في بعض الصور بالفساد وفي بعضها بالصحة
وفي بعضها رجحوا الصحة وفي بعضها الفساد وفي بعضها اضطربوا
في الحكم بالصحة والفساد ففي الجواهر المشهور أن فساد الصداق
لا يتعدى إلى فساد النكاح ومن نكح بمغصوب لا يفسخ بعد الدخول
ويجب صداق مثلها وقال ابن القاسم يغرم المثل في المثلي والقيمة
في غيره وقيل بل يغرم المثل أيضا ولو نكح على ما لا يجوز بيعه لتحريم أو غرر
كالخمر والخنزير والميتة والدم والآبق والشارد لا يفسخ النكاح
على المشهور ولا يتعدى الفساد إلى العقد بفساد الصداق ومثله المغصوب
وبالدخول يثبت الصداق الصحيح وهو صداق المثل ويبطل الفاسد
فصار ذلك كزوال العيب الموجب لرد المبيع ولو لم يجعل بضع كل واحدة
صداقا للأخرى فسخ على المذهب ولو سمى لكل واحدة صداقا لا يفسخ
بعد البناء واختلفوا قبله وفي البسيط قال زوجتك ابنتي على أن
تزوجني ابنتك فإذا انعقد نكاح ابنتك انعقد نكاح ابنتي
بطل التعليق وعليه حمل القفال النهي عن الشغار قال وهو منقاس
جدا إذ إبطال نكاح الشغار في غير التعليق لا يشهد له القياس
والمستند الخبر والمعول الأعلى إذا خلا عن المهر لا يبطل وشرط آخر
في النكاح شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل النكاح
والأشكل في التصوير ليس إلا اشتراكا بطريق الزوجية والأمر يملك
بطريق العوضية وذلك غير منصوص فليلغ ولترجع إلى المهر الشرعي انتهى
كلام إمام الحرمين وفي المغني إن سمى لكل واحدة صداقا مفردا كقال
أحدهما زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما ماية أو

قال مهر ابنتي ماية ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر قال ابن قدامة فالمنصوص
عن أحمد بن حنبل فيهما وقفنا عليه صحته وقال ابن حزم الظاهري
في المحلى في شرح المجلى نكاح الشغار باطل ذكرا فيهما صداقا أو لم يذكرا ويفسخ
أبدا ولا نفقة ولا صداق ولا عدة ولا شيء من أحكام الزوجية ويحد كاملا
من العالم بالحرمة وتعلق بما روي أن عباس بن عبيد الله بن عباس أنكح ابنته
عبد الرحمن بن الحكم بن أبي العاص بن أمية وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا
قد جعلا صداقا فكتب معوية إلى مروان يأمره بالتفريق وقال هذا هو
الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن حزم فارتفع
الإشكال جملة والحمد لله رب العالمين وهذا خبر صحيح واحتج الأئمة
الثلاثة بحديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته
وليس بينهما صداق رواه الجماعة لكن لم يذكر الترمذي تفسير
الشغار ونقله أبو داود من كلام نافع مولى ابن عمر قال أبو داود
زاد مسدد في حديثه قلت لنافع ما الشغار قال ينكح ابنة الرجل
وينكحه الآخر ابنته بغير صداق قال صاحب المنتقى وهو كذلك في رواية
متفق عليها وعن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم لا
شغار في الإسلام رواه مسلم وعن عمران بن حصين عن النبي
صلى الله عليه وسلم مثله وعن سويد بن غفلة قال كانوا يكرهون الشغار
وهو الرجل يزوج الرجل على أن يزوجه بغير مهر أما قول الظاهري
فهو خلاف الإجماع ولا يعتد في الإجماع بخلافهم وقوله هذا خبر
صحيح في خبر معوية باطل لأن رواه عن أبي داود من طريق محمد بن إسحاق
صاحب المغازي وحاله مكشوف والرواية المتفق عليها ليس بينهما
صداق وقول معوية يدل على انحصار الشغار في التي سمي فيها في العقد
صداق وهو متروك بالإجماع ولذا عنده فإنه يتحقق الشغار عنده من
ترك ذكر الصداق وهذا منه قلة ديانة وتخليط وقد تكرر منه في المحلي

انه لا يعمل بقول الصاحب فكيف يحتج بقول صحوه الذي لا صح له ويحكم بصحته
مع علمه ان الراوي له ضعيف ويحتج له بمذهبه بما ليس بحجة عنده وهذا
هو التخليط ولم يستحي من الله ان يحتج على خصمه بما ليس بحجة ويحكم
على الضعيف بالصحة مع روايته عن الضعيف المدلس وعدم تصحيحه مع علمه
بحال الراوي له وهذا هو قلة الديانة والشغار بكسر الشين المعجمة والغين
المعجمة هو من انكحة الجاهلية من غير ان يجب صداق في الحال ولا في المآل
وهو من الشغور وهو الخلو فان كان المهر مسمى فيه فاين الخلو ولذا
اذا وجب لها مهر مثلها يقال شغر البلد اذا خلا من الناس وبلدة
شاغرة اذا لم يمنع من غارة احد ذكر ذلك الجوهري في الصحاح وهذا
النكاح قد خلا عن المهر يعني عن عادة الجاهلية ولهذا قال صلى الله عليه وسلم
لا شغار في الاسلام كما ذكرنا وقيل هو من الرفع يقال شغر الكلب
اذا رفع رجله ليبول وفيه قول ان قيل سمي به لانه رفع المهر من العقد
وقيل معناه لا ترفع رجل بنتي حتى ارفع رجل بنتك لانه الجاهلية ذكره
الغزالي في البسيط والوسيط وقيل الشغار البعد فكانه بعد
عن الحق في نفي المهر واشغر في الفلاة ابعد فيها وقال ابو عبيد شغر
بني فلان من موضع كذا اذا اخرجهم واشغر العدد كثر واتسع وفي
تكملة الصحاح للصغاني شغرت رجلي في القرب اي علوت الناس
في حوطه وفيه ايضا شغر الرجل المراة رفع رجلها للجماع واشغرها
وتشاغر واشتغر الاعطاء كثير الماء والشغار العداوة والشغار
الفراحة وشغار مثل قطام لقب قران والنهي الوارد فيه انما كان
من اجل خلائه عن تسمية المهر وتركه بالكلية على عادة الجاهلية
لا لصور النكاح فاشبه التسوية بين الشغار والنكاح لا يبطله خلوه عن تسمية
المهر كالمفوضة ولا فساد تسمية كالصداق المجهول وملك الغير والآبق
ولا تسمية ما ليس بمال كالميتة والدم ولا تسمية ما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير
وقد نص امام الحرمين على ان خلوه لا يبطله ولا شرط آخر في النكاح لانه

شرط فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة وقول الشافعي
جعل بضع كل واحدة نكاحا وصداقا فلا يصح ولنا هذا لا يحصل
له اذا لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لعدم صلاحية
البضع صداقا ولا انفصالا عنه ان الاشتراك فيه انما يتحقق عند استحقاق
نصف البضع بحكم الصداق ولا وجه له بل يجب فيه صداق كامل في مقابلة
منفعة جميع البضع فلا يتحقق الاشتراك اصلا ولهذا قال امام الحرمين
لا تعويل على الحديث وقد بينا ان النهي في الحديث محمول على الكراهة
كما قال سويد بن غفلة كانوا يكرهون نكاح الشغار رواه لعظم المشاقر
ان يعمرا على نكاحها او يوجد لكل واحدة صداق وسطل
ولم يفهم السلف من الشغار الا الخلو عن الصداق لا الاشتراك
في البضع ولا التعليق بالشرط او على عادة الجاهلية في عدم ايجاب مهر
المثل فيه قوله وان تزوج حر امراة على خدمته سنة
او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج
عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة اما
الزوج على تعليم القرآن فانه يجب فيه مهر المثل ولا يصلح صداقا عندنا
مكحول والليث ومالك واسحق واحدى الروايتين عن
ابن حنبل واختيار ابي بكر من اصحابه وابي الفرج بن الجوزي في التحقيق
لانه عبادة وليس بمال وشرع النكاح باسم المال فصار كالصوم
والصلوة وتعليم الايمان ومعنى حديث الواهبة نفسها وقوله
زوجتكها بما معك من القرآن اي من اجل انك من اهل القرآن او ببركة
ما معك من القرآن كتزوج ابي طلحة على اسلامه وقد ذكرنا ذلك من قبل
وروى ابو بكر النجاد ان ذلك كان خاصا لذلك الرجل وجوزوا الصداق
على تعليمه وجماعة وفي المغني قال ابن قدامة قال ابو
حنيفة منافع الحر لا تكون صداقا لانها ليست بمال وغلط في النقل عنه
وبنى تعليله على الغلط وانما منع ابو حنيفة وابو يوسف خدمة الزوج

الحر لما في ذلك من قلب الموضوع ومن الذل والهوان والزوج مالك وهي مملوكة
وقوام عليها فلا يتقوم في موضع لا يمكن استحقاقها وهذا يجوز على
خدمة حر آخر في الصحيح لعدم ويجوز على خدمة الزوج
العبد باذن سيده لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره
وهذا يجوز على رعي اغنامها وزراعة ارضها لعدم المنافاة لان ذلك
من باب القيام بامور الزوجية فلا منافاة والمنافي باب الاستعباد
والمنافي شرعا كالمنافي حسا ولان في رعي الغنم والزراعة يخدم نفسه
من وجه الاشتراك الزوجين في منافع الاملاك حتى لا يقبل شهادة احدهما
للاخر ومحمد يقول الزوج الحر عجز عن تسليم خدمته لما ذكرنا وهي
مال فيجب قيمتها كما في الاستحقاق وهما ان خدمة الحر الزوج ليست
حقيقة بمال ولا يستحق فيه بحال لانها انما تصير مالا للضرورة والحاجة
عند استحقاق عينها والانتفاع بها فعند عدم الاستحقاق يلتحق
بالعدم او لا يستحق فيه بحال فاشبهت النكاح على الخمر والخنزير
فيجب مهر المثل وفي بعض النسخ لا يستحق فيه بحال فهو تعليل لعدم
التسليم ونظير الخدمة ورعي الغنم استيجار الابن اباه لخدمته لا يجوز
ولرعي غنمه يجوز ذكرها في الحواشي والعبد مالك نفسه فيلتحق منافعه
بنفسه وفي المحيط ويجوز اصداق منافع الاعيان كالدور والعقار
والحيوان لانها مال يتقوم عند الناس ولو تزوجها على خدمة حر آخر
فالصحيح صحته ويرجع على الزوج بقيمة خدمته وعلى رعي غنمها او زراعة
ارضها يجوز في رواية ولا يجوز في رواية وفي المرغيناني روايتان ولو تزوج
عليها حرة او مكاتبة لا يجوز ولا يسعد بقيمته لان المنع من جهة الشرع لا
من جهة المالك بخلاف عبد الغير حيث يصح النكاح ويجب قيمته لان
عينه قابلة للملك بالاجازة فيجب قيمته عند عدم الاجازة خلفا
عنه والمنافاة ولا تصح بمهر المثل لان المسمى مال بخلاف الخمر والخنزير
وفي الجواهر تزوجها على ان يخدمها مدة معلومة او يعلمها القرآن او بعضه

فمنعه مالك وكرهه ابن القاسم وعنه اذا لم يكن صداق المنافع فسخ قبل
البناء ويثبت بعده بمهر المثل ويسقط الخدمة ولو خدمها رجع عليها
بقيمة الخدمة والله اعلم قوله فان تزوجها على الف فقبضها
ووهبتها له وقبضها ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة
وكذا لو كان المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة فان لم تقبض الالف
حتى وهبتها له ثم طلقها قبل البناء لم يرجع واحد منهما
على صاحبه بشيء في قولهم جميعا وفي القياس يرجع عليها بنصف
الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء والهبة فلا يبرا عما
يستحقه عليها بالطلاق واختلاف الاسباب كاختلاف الاعيان
الا ترى ان من قال لهذه الجارية هي لك وقد وهبتها لي وقبضتها
بحكم الهبة فقال المقر له بل زوجتنيها لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب
وكذا لو وهب المريض عبدا لاخيه وسلمه اليه ثم وهبه الموهوب
له لاخيه ثم مات المريض فان الاخ الواهب يضمن لاخيه نصف قيمته
وان سلم جميع العبد له لانه لا يسلم نصفه له بالارث بل بالهبة واختلاف
السبب تنزل منزلة اختلاف العين ووجه الاستحسان
انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته
من نصف المهر فلا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ونظيره
باع فاسدا وقبضه المشتري ثم وهبه للبائع لا يضمن قيمته لحصول المقصود
ولا اعتبار باختلاف السبب بخلاف ما لو وهبه لثالث فوهبه الثالث
للبائع فان المشتري يضمن قيمته لبائعه لانه لم يصل اليه من جهة
الموهوب له بالهبة او يقول اذا اجتمع قبضان واجب وتبرع يجعل
القبض عن الواجب لقوته ولما فيه من خلاص ذمته وخروجه
عن عهدة الواجب ففي مسألة الكتاب وهبه المشتري وصل من الجهة
المستحقة ولذا قد اجتمع قبضان واجب وتبرع بخلاف المتلقى من الاخ
والثالث بخلاف ما لو اشترى جارية من رجل وهي في يد ثالث يدعيها

لتقسم وبعد قسمها ثم وصلت الى المشتري من ذي اليد غير البائع بهبة
او صدقة او ارث او اجارة او اعارة او وديعة او غصبها منه لا يرجع
بالثمن وان وصلت اليه من ثالث لانه يعتقد بطلان هذه الاسباب وانها
ملكه بحكم الشراء ولا كذلك ما تقدم من المسائل وفي قاضي خان
قال لغيره لي الف من ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك فقال المقر له
هي جاريتك ولي عليك الف درهم بسبب آخر لزمه المال لانهما تصادقا
على الدين وان اختلفا في سببه وفي الجامع قال لك هذه الالف وديعة
او مضاربة فقال المقر له ليس لي عندك وديعة ولا مضاربة بل قرض فله
اخذها وان كذبه لانهما اتفقا على العين ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت
الالف المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع
عليها بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما يرجع عليها بنصف
ما قبضت كما لو لم تقبض شيئا حتى وهبت الكل لا يرجع عليها
بشيء ولو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع عليها بنصف الالف فاذا قبضت
نصف الالف وجب ان يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض
بالكل ولان هبة البعض حط وهو يلتحق باصل العقد عندنا ويخرج
من ان يكون مهرا فكان المقبوض كل المهر حكما وفي الحواشي الذي
يدل على انه يقع عن الجهة المستحقة هبة المغصوب من المغصوب
منه واطعام المغصوب فانه يبرأ بذلك ويجعل ردا للمغصوب
وان لم يعلم انه ماله فان قيل بعض ما ذكرتم حط البائع عن
المشتري بعض الثمن اذا اطلع على عيب بعضه مثل المحطوط فانه
يرجع على البائع بنقصان ولا يلتفت بالحط عنه وجعل اختلاف
السبب كاختلاف العين قلنا لان المحطوط خارج عن الثمن والرجوع
بنقصان العيب يكون من الثمن فلا يقوم الحط مقام العيب والله اعلم
فان قيل قد جعلتم الصدقة على بريرة صدقة عليها وهي حرام على
النبي صلى الله عليه وسلم ثم جعلتم ما اعطيه من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

هدية وجعلتم ذلك المال بعينه حلالا له بعد ان كان حراما عليه فقد جعلتم
اختلاف السبب كاختلاف العين قلنا لما كان بينهما ما لو هو
واسطة صار كوصوله من المالك في البيع الفاسد على ما تقدم ونحن
انما لم نعتبر السبب اذا رجع منه الى المالك الاول اما اذا ملكه
غيره اعتبرناه ولهذا قلنا المشتري شراء فاسدا اذا قبض المبيع
ملكه ولا يحل له اكله ولا وطء الجارية ولا الانتفاع بالمبيع فاذا ملكه
من بائعه حل له كل ذلك وفرق آخر قول ابي حنيفة ان مقصود الزوج
بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر له بغير عوض وقد حصل فلا
يستوجب الرجوع ولانه قد عاد اليه المهر الذي كان في ذمته بسبب
لا يستوجب الضمان وهو الهبة وفي الوبري اذا وهبت البعض
قبل القبض وقبضت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو
حنيفة رحمه الله عليه ان وهبت النصف او اكثر لا يرجع عليها بشيء
وان وهبت اقل من النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت ولو كان
تزوجها على عوض فقبضته ولم تقبضه فوهبته له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس يرجع بنصف قيمته وبه
قال زفر وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه
بالطلاق قبل الدخول بعينه فهو في الرد ولهذا لم يكن لها دفع غيره
مكانه بخلاف الدين وبخلاف ما اذا باعته من زوجها ولو تزوجها
على حيوان او عرض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين
في الرد وفي البدائع في هبة المهر قبل القبض عينا كان او دينا وبعده
اذا كان عينا لا رجوع له عليها بالطلاق قبل الدخول بها عند اصحابنا
الثلاثة وقال زفر يرجع بالنصف في الدين قبل القبض وبعده بها
قبضا وفي الوبري في الدين دون العين لان هبة الدين قبل الدين
استهلاك وبه يصير قابضا وفي الوبري لو كان المهر معينا كالمكيل
والموزون باعيانهما او العروض او الحيوان باعيانها او بغير اعيانها

لم يرجع عليها بشيء لتعين ذلك في الرد بالطلاق قبل الدخول ولذا في البدائع
ولو كان المهر دراهم او دنانير معينة او غير معينة او مكيلا او
موزونا آخر سوى الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته له ثم طلقها
قبل الدخول يرجع عليها بمثل نصفه لعدم تعينه في الرد وقال زفر
في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بشيء وعلى اصله في تعينها
فإن [illegible] العقود والفسوخ وعن الامام الصغير المثلي
لا يتعين في الرد اذا كان في الذمة بل له ان يرد مثله كالدراهم وقد
تقدم ذلك في اول المسئلة لأن عينه لم يكن واجبا بالعقد فلم يكن
واجبا بالفسخ ولو تعينت العين للمهر عينا فاحدثا في يدها يمنع
الرد ثم وهبتها للزوج كان له ان يرجع بنصف قيمة المهر وقت
قبضها كما لو وهبت غير المهر لعدم تحتم رد النصف المعيب لاجل
العيب وفي المبسوط بحدوث العيب ان لم ينقطع حقه عن العين
لكن يجوز له تركه مع العيب فلم يكن تعلقه بالعين لازما فلم يكن الواصل
اليه عين حقه وفي الجواهر لو وهبت صداقها له قبل الدخول
فله الربع وفي المنهاج لو كان الصداق دينا فابرأته ثم طلقها قبل
الدخول لم يرجع عليها بشيء على المذهب ولو كان عينا فوهبته له
ثم طلقها فالاظهر ان له نصف بدله وعلى هذا لو وهبت له النصف فله
نصف الباقي في ربع بدل كله او نصف الباقي وربع بدل كله وفي البسيط
هل يمنع رجوعه به فيه قولان وان كان دينا فهل يسقط بإبرائها
فيه طريقان احدهما القطع بامتناع الرجوع بالفقه والثاني طرد
القولين وجه الرجوع الى النصف لم يرجع اليه بالشطر فاشبه
الرجوع اليه بالبيع ولو وهبت له نصفها فان قلنا الهبة الكل امتنع
الرجوع يرجع بالنصف وان قلنا الهبة يمنع الرجوع ففيه ثلاثة اوجه
الرجوع في نصف الباقي وهو ربع الجملة ولا شيء فيها الاشاعة والثاني
ينحصر الموهوب في حقها فترجع بالنصف الباقي ويكون الكل له والثالث

الموهوب في حقها فلا ترجع بشيء من الباقي وكأنه عجل اليها ما لم تستحقه
وفي المغني عن ابن حنبل فيه روايتان احداهما يرجع عليها بنصف
قيمتها وهو اختيار ابي بكر كالبيع منه والهبة من اجنبي ثم هبته
الاجنبي له والثانية لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وان وهبته
نصف العين ان قلنا لا يرجع في هبة الكل رجع هنا في ربعه وعلى
الاخرى يرجع في النصف الثاني فيه قال المزني وفي الاشراف قال مالك
واحمد لا يرجع عليها وقال ابو ثور يرجع عليها بنصفه قبضها او لم
تقبضه وقال الشافعي بالعراق لا يرجع وقال بمصر فيها قولان وفي
البدائع لو كانت جارية فولدت بعد القبض او جني عليها فوجب
فيها الارش او كان شجرا فأثمر او دخله عيب ثم وهبته له ثم طلقها
قبل الدخول رجع عليها بنصف القيمة لانقطاع رجوعه بذلك فلم
يصل اليه ما يستحقه بالطلاق وقد ذكرنا مثله قبل هذا ولو كانت
الزيادة في يدها او ثمرة على الشجر فوهبتها له كان له ان يضمنها
نصف قيمة الاصل عندهما خلافا لمحمد بناء على ان الزيادة المتصلة
تمنع التنصيف عندهما وعند محمد لا تمنع واتفقوا على منع المنفصلة
قال صاحب المبسوط الا عند زفر والشبه بالمشتري شراء فاسدا
فان البائع يسترده بزيادة المتصلة والمنفصلة ورد بها نظير
الطلاق في نصف الاصل كله وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه
يرجع الى الزوج فيها الاصل والزيادة لانها فسخ من الاصل بخلاف
الطلاق فانه حل ووجه الظاهر انها ملكت الاصل بالعقد
ملكا تاما وحدثت الزيادة على ملكها التام وفي الوبري الزيادة
المتصلة والمنفصلة قبل القبض تتنصف مع الاصل وبعده تملكه
بعد قبضها وان باعته من زوجها او وهبته بعوض رجع عليها
بقيمة نصفه او بمثل نصفه ان كان مثليا لأنه عاد اليه بسبب يوجب
الضمان بخلاف الهبة بغير عوض ولأنه يستحق عليها بغير عوض وقد

سلم له بعوض ثم ان كانت اعتمته قبل القبض فعليه نصف قيمته
يوم البيع لدخوله في ضمانها بالبيع قلت وينبغي ان يصير وانضما
بنفس العقد لانه مضمون بنفسه وهو قيمته كما في الغصب وان
كان بعد القبض فعليها نصف قيمته يوم القبض لدخوله في ضمانها
وفي المرغيناني لو ازدادت زيادة منفصلة قبل القبض كالولد
والثمرة والارش والعقر تتنصف بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض
لا تنصف وتضمن قيمة الاصل يوم قبضت وكذا لو ازدادت
او قبلت انه ضمنت جميع قيمة الاصل يوم ولم يحك خلافا والمتصلة
تتنصف قبل القبض بالاجماع والكسب والغلة والموهوب للمراة
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما تتنصف مع الاصل والزيادة
المنفصلة لو هلكت بعد القبض تنصف الاصل لزوال المانع
وفي الوبري الزيادة المنفصلة والنماء في الارض تمنع التنصيف بالاتفاق
وفي المبسوط واما الزيادة المتصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض
والولد والثمرة المتصلين فهي كالزيادة المنفصلة عندهما وعند
محمد وزفر تتنصف مع الاصل واعتبر النكاح بالبيع فان من اشترى
جارية بعبد وقبض الجارية وهلك العبد قبل التقابض وقد كانت
الجارية ازدادت زيادة متصلة يستردها مع زيادتها وكذا لو
ردها المشتري بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف المنفصلة
ولان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة السعر لانها تبع ووصف
للاصل فلا تمنع والجواب عن البيع فالصحيح ان الزيادة المتصلة
تمنع عندهما فسخ البيع من الاصل وما ذكر من المأذون
قول محمد وقد نص في البيوع انها تمنع الفسخ بالتحالف عندهما
كالمنفصلة ولو حدثت الزيادة في يدها طلقها
قبل الدخول تتنصف مع الاصل اذ ورد نصف قبل الزيادة مستحق
عليها فيسري الى الزيادة كالمشتري اشترى فاسدا يسترده البائع

بزيادتها المتصلة والمنفصلة ووجه ذلك ان حق الاسترداد
فيه متأكد فيسري الى المتصلة والمنفصلة ولان في المنع تقرير
فساد البيع والواجب رفعه وابو حنيفة يقول السبب لملك الكسب
اما قبول العبد الهبة او ايجاره نفسه او اكتسابه بالاحتطاب
والاحتشاش وكل ذلك في ملك الزوجة وشيء من هذه الاسباب
لا ينفسخ بالطلاق وقد ثبت ملكها بها ثم بطل ان ملكها في المكاسب
لا يستحق انه لم يتحقق في الملك بذلك السبب بخلاف الزيادة المتولدة
من الاصل لانها جزء منه تسري اليه ملك الاصل كالولد المولود في
الكتابة تصير مكاتبا وكسبها لا يصير مبيعا ولا يقابله شيء
من الثمن ثم الفرق بين البيع والنكاح وبين الهبة حيث لا تمنع
الزيادة المنفصلة من الرجوع في الهبة وتسلم للموهوب له بخلاف
البيع والنكاح لان الهبة عقد تبرع والبيع والنكاح عقد معاوضة
فلو اثبتنا حكم الرد في الاصل تبقى الزيادة سالمة للمشتري والزوج
بغير عوض في عقد المعاوضة وهو جزء من الاصل فلا يجوز ان
تسلم الملك للمتملك في عقد المعاوضة بغير عوض بعد رفع عقد
المعاوضة من بينهما ولا يجوز ان تكون الزيادة للبائع والزوج اذا لم
تكن موجودة عند العقد حقيقة وحكما لانه لم يرد عليها عقد ولا
قبض له شبه عقد فيتعذر تنصيفها فوجب تنصيف القيمة للزوج لذلك
وفي البدائع الزيادة في المهر اما ان تكون متصلة بالاصل او منفصلة
والمتصلة اما ان تكون متولدة منه كالسمن والكبر والجمال والسمع
والبصر والنطق بياض من العين وزوال الخرس والصمم والشجر
اذا اثمر والارض اذا زرعت او غير متولدة منه كالثوب
اذا صبغ والدار والارض اذا بنى فيها بناء والمنفصلة اما ان تكون
متولدة من الاصل كالولد والصوف والوبر والشعر والثمر والزرع
كل ذلك بعد الفصل او في حكم الاصل المتولدة كالارش والعقر او غير

متولد او في حكم المتولد كالهبة والصدقة والكسب فان كان المهر في
يد الزوج فالمتولد والملحق به امهر متصلة كانت او منفصلة ويتنصف
مع الاصل لان طلاقه وغير المتولد والملحق ان كانت متصلة منعت
تنصف الاصل وعليها نصف قيمة الاصل يوم الزيادة لانها تصير قابضة
بالزيادة والمنفصلة لا تمنع تنصف الاصل والزيادة لها عند ابي حنيفة
وعندهما تتنصف مع الاصل والكل مهر وان كانت بعد القبض وقد
ذكرنا وجه القولين في المحيط وقال الشافعي يتنصف الاصل دون
الزيادة وفي المنهاج لها زيادة منفصلة وخيار في المتصلة فان شحت
فنصف قيمته بلا زيادة وان سمحت لزمه القبول فان زاد ونقص ككبر
وعبد وطول نخلة وتعلم صنعة مع عيب فان اتفقا بنصف والا فنصف
القيمة وحمل امة وبهيمة زيادة ونقص وقيل في البهيمة زيادة زيادة
في الجواهر اذا حصل في المهر زيادة محضة او نقصان محض او زيادة
من وجه ونقص من وجه فالزيادة لها والنقص عليها وقيل للزوج
وعليها وهو مبني على الخلاف في استقرار ملكها بالعقد على الكل
وعدم استقراره وفي المغني اصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول
كانت الاولاد لها لانها نما ملكها وقد ملكت المهر بالعقد ويرجع بنصف
الامهات الا ان يكون قد نقصها الولادة فيخير بين تضمين نصف قيمتها
يوم العقد وبين اخذها ناقصة وقال الشافعي يتنصف قبل
الولادة قبل القبض وبعده وفي الحاوية اذا ولدت تضمن قيمته نصفه ولا تتنصف
كيلا يفرق بينها وبين ولدها وان حملت فله نصف قيمتها للزيادة والنقصان
ولو اصدقها ارضا فبنيها دارا او ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول
رجع بنصف قيمة الارض ونصف قيمة الثوب يوم اصدقها الا ان تعطيه
نصف قيمة البنا والصبغ فان دفعت اليه نصفه بالجميع بالزيادة فعليه
قبوله وان تركا لها نصف قيمة البنا والصبغ كان له النصف وقال القاضي
منهم انما يكون هذا بالتراضي والاول غير صحيح لان احدا لا يجبر على ملك مال الغير

وفي المبسوط لا يرد المهر على الزوج بعيب يسير سواء كان قبل العقد او
حدث بعده قبل قبضها وعند زفر والشافعي بالتسليم
بخلاف الثوب وهو قول ابن حنبل ومالك ولا يصح لان له الخلو بعد الرد
اما ان يجب قيمته او مهر المثل على اصل الشافعي والوجه الاول لان اليسير
يدخل تحت التقويم فلا فايدة فيه والعين اعدل والوجه الثاني ايجاب مهر
المثل لانه يتعذر جدا على ما ياتي بخلاف البيع فانه ينفسخ بالرد ويجب
رد الثمن والنكاح لا ينفسخ وفي البدائع يرد في المثلي لانه يرجع ويرد
بالعيب الفاحش وهو على وجوه خمسة احدها ان يكون
بافة سماوية فان شاءت اخذته ولا شيء لها وان شاءت ضمنته قيمته سالما
يوم العقد وعن زفر يضمنه النقصان كالغصب وثانيها ان
يكون بفعل الزوج ويخير فيه فان اخذت العين ضمنته النقصان
وروى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها لا تضمنه النقصان كالسماوي
لانه مضمون بالعقد كالمبيع ووجه ظاهر الرواية اعتبار الجز
بالكل بخلاف البيع فانه لو اتلف الكل لا يضمن شيئا لان في البعض يسقط
حصته من الثمن وثالثها ان يكون بفعل المهر وهو كالسماوي في ظاهر
الرواية لان فعله بنفسه هدر كما في الرهن وعن ابي حنيفة كفعل
الزوج كالمغصوب ورابعها ان يكون بفعل اجنبي ويضمن النقصان
ويثبت لها الخيار للتغير فان اخذت المهر رجعت على الجاني بالنقصان
وان اختارت تضمين الزوج قيمته رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان
وان ارادت ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقص فليس لها
ذلك لعدم صنعه وخامسها ان يكون بفعل الزوجة فتصير به
قابضة وان كان العيب في يد الزوجة وقد طلقها قبل الدخول فهو
ايضا على خمسة اوجه بافة سماوية يخير كما مر ان شاء ضمنها نصف
قيمته يوم قبضت لتعذر الرد كما قبضت وان شاء اخذ نصف العين
ناقصا من غير ضمان وفعل المهر كالسماوي وكذا فعل الزوجة لانه صادف

ملكها وبفعل الاجنبي يجب الضمان عليه فيكون زيادة متصلة ويرجع الزوج
عليها بنصف القيمة يوم قبضها وفعل الزوج كفعل الاجنبي لانه جنايه
على ملك الغير ويمنع التنصيف وان كان بعد الطلاق ياخذ الزوج قبل
نصفه مع نصف النقصان كالبيع الفاسد ويلزمها ضمان النقصان
ان كان بافة سماوية او بفعل المهر او بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض
والاوصاف تضمن به كالمغصوب وبفعل الاجنبي يجب الارش وهو زيادة
منفصلة وقد ذكرنا حكمها قال السرخسي ووقع في المختصر ان العيب
في يدها قبل الطلاق وبعده سوا في الحكم وهو غلط وفي الجامع خيارها
بعد الطلاق في النصف كهو في الكل وفي فعل الاجنبي بالنصف فلك
لهذه العشرة اوجه تقريبا لم يذكروها وهي ان تجعل الوجوه الخمسة
اربعة او الثلثة واثنان منها قبل القبض قبل الطلاق او بعده و بعد
القبض بعد الطلاق او قبله واذا اجتمع الزيادة والنقصان في المهر
قبل القبض قبل الطلاق او بعد الطلاق والتصرف في الصداق قبل
قبضه جائز وفي البسيط تصرفها قبل القبض يبنى على قول ضمان اليد
غيرنا فذ على قول ضمان العقد وهو الاصح في البيع وفي المنهاج المهر المعين
المضمون ضمان عقد وفي قول ضمان يد فعلى الاول ليس لها بيعه قبل قبضه ولو
تلف في يده وجب مهر المثل ولنا ينبغي ان يجوز تصرفها على ضمان العقد
واليد قبل القبض وقياسه على البيع فاسد لان المنع منه في البيع بالنص
وليس النكاح كالبيع منصوصا ولا في معناه لان البيع معاوضة مال بمال بخلاف
النكاح والمعنى فيه غرر انفساخ العقد الثاني بهلاك المبيع في يد
البايع اذ المبيع الاول ينفسخ به فينفسخ الثاني والنكاح لا ينفسخ بهلاك
المهر قبل القبض ولا نعلم من الاصل فيه معنى يمنعها من بيعها والتصرف
فيه بلا دليل ولا يجوز ان يكون ضمان يد لان ضمان اليد عنده اما بالغصب
ولم يوجد الغصب من الزوج ولان يد الغاصب عادية يجب عليه رفعها
في كل وقت ويد الزوج في المهر محقة فيكون يده يد غصب بغير برهان

ولو كانت يد غصب لضمنها وزيادة المهر من ولد وثمر لا يدخل في ضمان
الزوج على ضمان العقد ولذا على ضمان اليد عنده الا اذا احصاه
بالغصوب ولا يستقيم على ما ذكرنا واما بالعارية على اصله ان يد
المستعير يد ضمان على بعض الاحوال لان يده يد نفسه ينتفع بالعين
المستعارة والزوج لا ينتفع بها والعارية اباحة المنفعة للمستعير
من الغير ولا اباحة هنا ولا نص فبطل ان يكون يد الزوج يد استعارة
والقرض كالعارية بل اولى فانه ينتفع بعينه ويخرجه من ملكه باذن
المقرض والدعيه وان تعيب المهر قبل القبض فالخيار لها على القولين
وهو يد ضمان العقد وفائدة ضمان العقد انها لو فسخت رجعت الى مهر
المثل وان اجازت اكتفت بالعيب بلا ارش وعلى ضمان اليد ان فسخت
رجعت الى قيمته وان اجازت طالبت بارش العيب وان اطلعت على عيب
قديم فحكمه على ضمان العقد حكم البيع وعلى ضمان اليد ان فسخت رجعت
بالقيمة وان اجازت ترددوا في الارش وان تعيب المهر بجناية فلها ثلث
حالات فجنايتها قبض ولا خيار لها وجناية اجنبي يجب الارش
عليه وثبت لها الخيار فان فسخت طالبت الزوج بمهر المثل على ضمان
العقد ولم تطالب الاجنبي وان اجازت طالبت الاجنبي بجنايته على ملكها
وعلى ضمان اليد ان فسخت طالبت الزوج بقيمه الزوج بقيمه المهر سليما ولم
تطالب الاجنبي وان اجازت طالبت الاجنبي بجنايته على ملكها وعلى
ضمان اليد ان فسخت طالبت الزوج بقيمه المهر سليما ولم تطالب الاجنبي
بالارش وان اجازت فان شاءت طالبت الزوج اذ الاتلاف في يده ويرجع
على الاجنبي لانه قرار الضمان عليه وجناية الزوج على قول ضمان العقد
هي كالسماوي او كجناية الاجنبي وفيه خلاف على قول
يرجع الى قيمة السليم ان فسخت ويطالب بالارش ان اجازت وفي
المغني حكم المهر حكم البيع ان كان مكيلا وموزونا لا يجوز لها التصرف
فيه قبل قبضه وما عداه لا يحتاج الى قبض وذكر القاضي منهم انه لا يجوز التصرف

في المهر وبدل الخلع وكل ما لا ينفسخ العقد بهلاكه ونص احمد على جواز هبة
المرأة مهرها لزوجها وهو تبرع وبقضاء ان المهر في يدها غير مضمون
بعد الطلاق وان كان القبض او التلف قبل الطلاق تجب عليها الضمان
عنده وخالف الاجماع في هذا التفصيل وفي المغني بلا شيء على اربعة احوال
بفعلها وهو قبض وبفعل الزوج تضمن قيمته على كل حال وبفعل اجنبي
كمذهبنا وبآفة سماوية وقد ذكرنا التفصيل فيه وفي الجواهر المهر مضمون
في يد الزوج كالبيع في يد البائع قبل القبض ولو تلف في يد احدهما ثم وقع
الطلاق قبل البناء فالحكم ان لا ضمان عليه منهما ولم يعاب عليه
ولا يعرف تعيينه ممن هو في يده ان لم تقم بينة بهلاكه وان قامت فمع اثبات
الضمان على صاحبه ويقيم خلاف بين اصبغ ومحمد قوله
وان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها
فان وفى بالشرط فلها المسمى وان تزوج عليها او اخرجها فلها مهر
مثلها وفي الينابيع يريد به اذا سمى لها اقل من مهر مثلها وفي البدائع
والتحفة ان كان المسمى مهر مثلها او اكثر فلا شيء لها غيره وقال زفر ان كان
المضموم الا كالهدية ونحوها فلها مهر مثلها وان لم يكن الا كطلاق
امرأة اخرى وعلى ان لا يخرجها من البلد فليس لها الا المسمى وعندنا
متى كان المضموم اليها فيه غرض صحيح فعند فواته يكمل لها مهر مثلها
وان لم يكن لها غرض صحيح لا يكمل مثاله الا اول تزوجها على مائة وعلى
ان يعتق اخاها يكمل عند ابائه ولو تزوجها على مائة وعلى ان يعتق
اجنبيا لا يكمل وهي مسئلة الزيادات وفي المغني الشروط في النكاح
اقسام ثلاثة القسم الاول يلزم الوفاء به وهو ما يعود نفعه اليها وهو ان
لا يخرجها من دارها وبلدها او لا يسافر بها او لا يتزوج عليها او لا يتسرى
عليها فهذه الشروط يلزمه الوفاء بها فان لم يف فلها فسخ نكاحها يروى
ذلك عن عمر وسعد بن ابي وقاص ومعوية وعمرو بن العاص وبه قال شريح
وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحق وابطل

هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة والليث والثوري
ومالك والشافعي وابن المنذر وقال ابو حنيفة واصحابه لكن يكمل لها مهر
مثلها ان نقصت منه بسبب هذه الشروط وفي المحلى ان تزوجها على ان
لا يتسرى عليها او على ان لا يدخلها او يشرط هبة او بيعا في النكاح فالعقد
بذلك مفسوخ وعن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
احق الشروط ما استحللتم به الفروج رواه الجماعة والظاهرية
لا يحملون ظواهر الاحاديث من غير نظر وفي المغني فكيف افسدوا
الا انكحه بالشروط التي جعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم احق
بالوفاء بها بلا معارض ولا دليل ولا شبهة فلا يلتفت الى قولهم وان شرط
عليه طلاق ضرتها لم تصح الشروط ووافقنا عليه ابن حنبل وفرق
بان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان تشترط المرأة طلاق اختها رواه البخاري
من حديث ابي هريرة رضي الله عنه والنهي يدل على فساد المنهي عنه
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل
ولو كان مائة شرط وتلك الشروط ليست في كتاب الله والشرع
لا تقتضيها وقال عليه السلام المسلمون على شروطهم الا شرطا
احل حراما او حرم حلالا وهذه الشروط تحرم حلالا وهو
التزوج عليها والتسري والمسافرة بها وغيرها وكانت مردودة
كما لو شرطت ان لا تسلم نفسها وحديث ابي هريرة محمول على انه قد افسد
والغاه واخرجه من عموم حديث عقبة بن عامر المذكور بسبب
النهي فالشرط الذي حرم حلالا منهي عنه بالشرع وجوابهم بانه لم يحرم
حلالا وانما اثبتنا لها به فسخ نكاحها قلنا فاثبتوا لها فسخ نكاحها
عند عدم الوفاء بطلاق ضرتها مع ان دلالته على مدعاهم ضعيفة من وجوه
احدها ان النهي على فساد استحقاق طلاقها بالشرط وهو غير مستحق
بالاجماع وهم انما يثبتون لها خيار الفسخ والحديث يمنع ذلك كما قالوا انهم
لا يثبتون حرمة التزوج والتسري وانما يثبتون لها خيار الفسخ به فانه

ان النهي انما ورد في اشتراط طلاقها لاختها ولا يلزم من نهي طلاق اختها النهي
عن طلاق كل امرأة اشترط طلاقها لوجهين الاول انه لا يلزم من ثبوت الحكم
ثبوته للكل والثاني ان في تزوجها بزوج اختها واشتراط طلاقها
وقطيعة الرحم بين الاختين وهي حرام بخلاف الاجنبية وانكر مذهبهم
فيه ابو الخطاب الحنبلي وهو كما شرط ان لا يتزوج عليها لانه
المعارض بما ذكرنا من الاحاديث والقسم الثاني ما يبطل فيه الشرط
ويصح النكاح مثل ان يشترط ان لا يكون لها مهر وان لا ينفق عليها
او ان لا يطأها او يعزل عنها وان لا يكون عندها في الجمعة الا يوما
وليلة او شرط لها النهار دون الليل او شرط عليها ان تنفق عليه
او تعطيه شيئا من مالها فهذه الشروط كلها باطلة لانها تنافي مقتضى العقد
ولان اشتراطها عند العقد يتضمن اسقاط حقوق تجب بعد العقد فكان
اسقاطها قبل وجوبها وقبل انعقاد سبب وجوبها فصار كاسقاط الشفيع
شفعته قبل البيع والنكاح صحيح في الصور كلها لانه لا يبطل بالشروط
الفاسدة وفي البسيط ان شرط الامتناع من وطئها او شرط طلاقها
بطل النكاح وفيه وجه انه لا يبطل وزعموا انه يخل بمقصود العقد
قلت رأيتهم يزعمون ان الطلاق المعلق بالملك او بالنكاح لا
يقع فالطلاق الذي لا يقع كيف يخل بمقصود النكاح وهذا خلف ولذا عدم
الجماع لا يخل بالنكاح فانه يجوز ترك الجماع على الدوام برضاها ولو كان منافيا
له او مخلا به لما جاز تركه بالرضى كما لو ملك زوجته وتراضيا على بقاء النكاح
او ملكت زوجها ورضيت ان يبقى النكاح بينهما قال ولو شرط لها ان
يخرج من الدار متى شاءت او لا يطلقها او شرط عليها ان يجمع بينها وبين
ضراتها في مسكن او لا يقسم لها او لا ينفق عليها لا يفسد النكاح بذلك
ولكن يفسد به الصداق قلت ولا يفسد به الصداق ايضا لانه لغو
وفي الجواهر عن مالك لو شرط شرطا ينافي مقتضى العقد كشرطه ان لا
يقسم لها فهو فاسد في العقد ويفسخ قبل الدخول وانكر ابو بكر بن المنذر

في الاشراف بفسخ نكاح مالك قبل الدخول وبعده قال لا يخلو من ان يكون صحيحا
او فاسدا فلا معنى لاثبات النكاح بدخول رجل على غير زوجته ومذهب
مالك في القسم الاول كقول الشافعي وقال قد اسرف على القاضي ان نهى الناس
عن ذلك وان لا يتزوج الرجل الا على دينه وامانته وكل شرط في العقد غير
لازم الا ما كان تمليكا او يمينا فان كانت وضعت من صداقها لاجل الشرط
رجعت به قبل التعيين وفي المدونة لا ترجع وان كانت عينته مهرا اسقطت
بعضه رجعت به وممن كره تزوج النهاريات حماد بن ابي سليمان وابن
شبرمة وكان الحسن لا يرى باسا ان يتزوج الرجل على ان يجعل لها من
الشهر اياما معلومة والقسم الثالث ما يبطل النكاح وهو التوقيت في
النكاح ونكاح المتعة واشتراط الخيار وهذا ان يطلق او يقول
زوجتكها ان رضيت امها او فلان وان جئت بالمهر في وقت كذا والا
فلا نكاح بيننا وذكر ابو الخطاب فيه وفي خيار الشرط ورضى
امها او فلان روايتين احداهما النكاح فيها صحيح والشرط باطل
وبه قال ابو ثور وحكاه عن ابي حنيفة في شرط الخيار وزعم انه لا خلاف
فيها وفي خبر انه اذا تزوجها على ان اباها بالخيار صح النكاح وبطل
الخيار وان قال ان رضي ابي فالنكاح باطل وقال ابن قدامة عن عطاء
وابي حنيفة والثوري والاوزاعي ان من قال في النكاح ان جاء بالمهر الى
وقت كذا والا فلا عقد بيننا ان الشرط باطل والعقد صحيح وروى
منصور عن ابن حنبل ان الشرط والعقد جائزان وعن مالك والشافعي
وابي عبيد فساد العقد وفي اشتراط الخيار في الصداق عن الحنابلة
ثلاثة اوجه صحة العقد وبطلان الخيار وصحتها وصحة العقد وبطلان
الصداق قلت وكان ينبغي لهم ان يقولوا الشروط في النكاح
تنقسم اربعة اقسام القسم الرابع ما يقتضيه النكاح وان لم يذكر
كشرط ان ينفق عليها ويكسوها ويسكنها في بيت منفرد ويطأها
ويكون صداقا حالا او حوزة لكل ما يستفاد من تسليمها نفسها فوجود هذه

الشروط فيه وعدمها سواء وان تزوجها على عشرة دراهم ورطل من خمر
فلها العشرة ولا يكمل مهر مثلها لان الخمر غير مرغوب فيها في حق المسلم
فكانه تزوجها على عشرة وان تزوجها على ان لا يخرجها من البلد او
على ان لا يتزوج عليها فلها مهر مثلها وفى بالشروط او لم يف لان ذلك
ليس بمال واما اذا تزوجها على مال وشرط تلك الشروط المرغوب فيها لها
فيكمل مهر مثلها عند فواتها كما لو تزوجها على الف على ان يكرمها او
على ان يهدي لها هدية لان الالف والعشرة تصلح مهرا والله تعالى اعلم
قوله ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها
فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر مثلها لا يزاد على
الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الشرطان
جائزان فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها الالفان وقال
زفر الشرطان فاسدان لفساد الصداق ويجب فيهما مهر
المثل لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين لرضاها باسقاط
الزيادة على الالفين ورضاه بالالف وان طلقها قبل الدخول
بها فلها نصف الالف وفي الاشراف قال ابن المنذر ان تزوجها
على الف ان لم يكن له امراة وعلى الفين ان كانت قال ابو حنيفة
ان لم يكن له امراة فلها الالف وان كانت له امراة فلها مهر مثلها
لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين ومثله في البدائع قال
ابو يوسف ومحمد هو كما شرطا وبه قال ابن حنبل في رواية وابن
راهويه وقال الشافعي لها مهر مثلها كقول زفر وابو ثور خالف
زفر وقال ينقص ويزاد وحالها في المتعة بالطلاق قبل الدخول
واوجب فيه نصف مهر المثل وعلى هذا لو تزوجها على الف ان كانت
مولاة وعلى الفين ان كانت حرة الاصل ذكره في البدائع ومدار
هذه الاقوال يأتي في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم ان شاء الله تعالى والرواية ابا حنيفة عن

تزوج امراة على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة الوجه
فلها الالفان ان كانت جميلة والالف ان كانت قبيحة والفرق
بينها وبين مسألة الكتاب ومسألة التزوج عليها ان الخطر فيهما دخل على
التسمية الثانية لان الزوج لا يعرف هل يخرجها او يتزوج عليها
ولا مخاطرة في الاولى لان المراة على صفة واحدة لكن الزوج لا يعرف
ذلك وجهالته لا توجب خطرا ذكره المرغيناني في الفتاوى وهي
في المحيط وان تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان
كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وكذا ان كان مثل
اوكسهما فان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وكذا ان كان
مثل ارفعهما وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله عليه وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها قبل
الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاتفاق وفي قاضي خان
كما ذكرته فيه وان كانت تحتمل بهما اشارة صحت التسمية بالاتفاق
ولذا ان كان الخيار له ولذا لو كانت قيمتهما سواء سواء او كانت
قيمة احدهما مثل مهر المثل او اقل او اكثر لوجود الرضى منهما
بالمسمى وفي قاضي خان وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على الف
او الفين وتمامه في الجامع وهي مسألة المبسوط وفيه ايضا ان تزوجها
على الف حالة او مؤجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة
والاقل المؤجلة وعندهما المؤجلة لانها الاقل وان تزوجها على الف
حالة او الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان
كالاقل فالخيار له وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار
له لوجوب الاقل عندهما واعذ... ان البدل الاصل عنده مهر
المثل وانما يعدل عنه عند صحة التسمية وعندهما المسمى الا اذا
فسدت التسمية وعندهما المسمى الا اذا فسدت التسمية من كل وجه
وقد امكن هنا ايجاب الاوكس والاقل فلا تفسد التسمية وصار كالخلع

على الألف والألفين والإعتاق على ألف أو ألفين والإقرار بألف أو ألفين
ولهذا يجب بالطلاق قبل الدخول نصف الأوكس والأقل وفي المبسوط
والاعتبار لمهر المثل لأنه يوجب نكاحاً لا تسمية فيه وبالتخيير انعدام
التسمية ولأبي حنيفة أن الموجب الأصلي مهر المثل لأنه قيمة البضع
كالقيمة في المغصوب إذ البضع متقوم عند العقد وإنما يصار إلى المسمى
إذا صحت من كل وجه كالثمن في البيع لا يعدل فيه عن القيمة إلا
إذا صح الثمن من كل وجه ولهذا إذا تزوج امرأتين على ألف يقسم
على مهر مثليهما ولهذا لأن النكاح عقد معاوضة يجب فيه
التسليم والتسلم ومع الجهالة لا يتحقق ذلك والدليل على أن مهر المثل
هو الأصل أنه يجب بنفس العقد من غير تسمية فلا يعدل عنه إلى
المسمى مع الشك ولو استأجر صباغاً ليصبغ له ثوبه بدرهم
أو درهمين لا يصح التسمية بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يوجب
لذلك التصرف في الأصل ولهذا لا يجب شيء منه عند عدم ذكر البدل
ولا كذلك النكاح ولهذا أوجبنا الأقل فيهما وبخلاف الإقرار لأن
المال المقر ليس بعوض فلم يدخل في تعيين الأقل بحسن بحق المقر له
قلت قولهما لأن مهر المثل موجب النكاح الذي لا تسمية
فيه فكذا هو موجب النكاح الذي يكون المسمى فيه مجهولاً بدليل
أنه لو تزوجها على دراهم يجب فيه مهر المثل وقوله والواجب
في الطلاق قبل الدخول عند فساد التسمية أصل كمهر المثل
قبل الطلاق وهو أن المتعة بعد الطلاق عنده توجب أن يحكم
فيه المتعة كما حكم مهر المثل قبله وهذا ذكر في الجامع لم يحكم فيه
المتعة وفي الأصل أوجب نصف الأوكس والأقل ولم يحكم فيه المتعة
وذلك لاختلاف الموضوع فموضوع الأصل في الألف والألفين ونصف
الأقل خمسمائة والمتعة لا تبلغها فلا فائدة في تحكيم المتعة ولذا في
الجامع الصغير فإن العبد الأوكس يزيد على المتعة كما ذكر في

الجامع وضعها في العشرة والعشرين والمتعة تزيد على الخمسمائة غالباً
فلهذا حكم فيه المتعة فإن قيل قد فسدت التسميتان عند أبي
حنيفة رحمه الله عليه وكأنه لم يسم شيئاً فينبغي أن تجب المتعة قصراً عليها
قلنا قد عرف أن نصف الأوكس والأقل إنما وجب بطريق المتعة
لأنه هي وفي المحيط إذا تزوجها على ألف أو ألفين أو على أحد العبدين
فلها مهر مثلها لا يزاد عليهما ولا ينقص عن أقلهما وعندهما
لها الألف ويعطيها أي العبدين شاء وفيه لو زادت المتعة على
خمسمائة فإنه تجب المتعة على خمسمائة يجب المتعة عنده كما في العشرة
والعشرين قوله وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف
صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير إن شاء أعطاها
ذلك وإن شاء أعطاها قيمته قال رحمه الله معنى هذه المسألة
أن يسمي جنس الحيوان دون وصفه بأن تزوجها على حمار أو فرس
أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لا تصح التسمية ويجب
مهر المثل وكذا لو تزوجها على حيوان أو ثوب أو دار أو لؤلؤة
هكذا في الذخيرة وهذا لأن جهالة الجنس وكانت مانعة
لجنس الجهالة ولأن جهالة النوع والصفة وهي غير مانعة لأنها
دون جهالة مهر المثل وكذا لو تزوجها على بغل أو ناقة أو جزور أو شاة
أو بقر أو عبد أو جارية أو ثوب هروي أو مروي وفي المحيط
التسمية لا تصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة وتصح مع الجهالة
المستدركة وهي جهالة الوصف لأن بعض الجهالة يسيرة في النكاح
وهو جهالة مهر المثل وجهالة الوصف دونها وهي جهالة الحمار والفرس
إلى هذه والأصل أن كل جهالة كانت دون جهالة مهر المثل أو فوقها
تمنع صحة التسمية مثل جهالة الجنس وجهالة الحيوان والدابة والثوب
والدار واللؤلؤ فوق جهالة الجنس إذ الدابة لغة لما دب على وجه
الأرض وفي الحقيقة العرف فيه اسم لذوات الحافر وهي الفرس والبغل

والحمار في اجناس والحيوان لما فامتنه الحياه والدار الملحقه بالاجناس
فانها تختلف باختلاف البلاد والمحال والضيق والسعه وكثرة
المرافق وقلتها فكانت جهالتها فوق جهالة مهر المثل والثوب
يكون من الصوف والوبر والشعر والقطن والكتان والقز
والابريسم وغير ذلك فكان اجناسا فيجب فيها مهر المثل بالغا
ما بلغ ذكره في الذخيرة كما لو لم يسم لها مهرا وفي المحيط ولذا
لا يصح التسمية مع الخطر والغرر كالتزوج على ما في بطن جاريته
او على ما في بطن غنمه او على عبده الآبق او بحمله الشارد او بما يثمر
نخيله العام بخلاف الخلع فانه يصح فيه لان الغرر لا يمنع صحة
الخلع بدليل انه لو قال لها ان قدم فلان فقد طلقتك على الف
صح ولا كذلك النكاح وفي الجواهر لا يجوز بمجهول ولا بما فيه غرر
الا ان يحقق فيجوز على بيت او خادم او عبد من الابل والغنم من غير
وصف فيكون لها الوسط من ذلك وفي المهدي لو تزوجها على ثوب
او دابة او حيوان لا يصح وان تزوجها على عبد او امة او فرس او
بغل او حمار او ثوب هروي او مروي يصح ولها الوسط من ذلك
وان تزوجها على عبد من عبيده او قميص من قمصانه او عمامة من
عمائمه يصح ويجب الوسط من ذلك او القيمة ومنهم من لم يصح اصداق
عبد من عبيده ولا اصداق عبد مطلق ومنهم من جوز اصداق
عبد من عبيده ومنع اصداق عبد مطلق واوجب الشافعي في ذلك
كله مهر المثل للجهالة واعتبره بالبيع ولا يصح لان مدرك الشيئين متباين
مختلف جدا اذ ليس المقصود من النكاح المغابنة والمكايسة
والمماكسة والمشاحة بل المقصود منه المكارمة والمحاسنة والمساهلة
والمطايبة والالفة والتوالد والتناسل عكس البيع ولهذا يصح النكاح
مع السكوت عن المهر ومع نفيه بالكلية بخلاف البيع ولانه معاوضة
غير المال بالمال فلا يمكن الحاقه بمعاوضة المال بالمال ويصح النكاح

على مهر المثل

على مهر المثل ولا يصح البيع بالقيمة مع ان مهر المثل قيمة البضع وفي البسيط
اعتق امته على مهر يجب عليها قيمتها ولو نكحها بالقيمة التي له عليها وهي
معلوم صح وان كانت مجهولة صح النكاح وكذا الصداق في احد الوجهين
مع جهالتها ولا قايل بصحة البيع مع الجهالة ولو اصدقها على عبد فظهر
مغصوبا او حرا يجب قيمته وبعده اخر عبدا على قول ضمان العقد
وهو الاصح عندهم ولا يقولون بصحة البيع في قيمة العبد الذي ظهر
حرا وفي البسيط الصداق ليس بركن في النكاح وان كان عوضا
وهو دائر بين الاعواض وبين النحلة وهذا لما لم يكن المعقود عليه مالا
جعلناه بمنزلة التزام المال كالدية والاقارير والنذور ويدل
عليه عموم قوله صلى الله عليه وسلم العلائق ما تراضى عليه الاهلون رواه
ابو بكر النجاد وغيره بنقله فيما لم يخص ولانها لما ذكرنا
اولى من جهالة مهر المثل وقد رضينا بجهالته فكيف يبطل ما رضيا
به ويوجب ما هو اكثر جهالة منه وهذا خلف وشرطنا ان يكون
جنسه معلوما ليعلم الوسط منه رعاية للجانبين اذ هو الواجب
والوسط ذو حظ من الجانبين لصفه من الجيد ونصفه من الاردي
وهو الطرف الادنى من الجيد والطرف الاعلى من الردي او لان
الوسط دون الارفع فوق الادنى والردي فكان اعدل وفي التزام الزوج
الارفع ضرر به وفي التزام الزوجة الادنى ضرر بها والتزام
الوسط خال عن الضرر بالزوجين فكان اولى ثم اختلفوا في الارفع
والاوسط والادنى من العبيد في الذخيرة الوسط في زماننا دون
التركي وارفع الهندي عند ابي حنيفة رضي الله عنه وفي المحيط في بلادهم
السندي لان الخادم عندهم انواع ثلثة رومي وسندي وحبشي
فالاعلى الرومي والادنى الحبشي والاوسط السندي وفي بلادنا
تركي وصقلبي وهندي فالوسط الصقالبة وفي المبسوط ارفع الخدم
الترك وادون الخدم الهند والوسط السندي فالوسط ادنى الترك

على الهندي بلا دنانير لان السود لا توجد عندنا وفي البدائع لو تزوجها على
وصيف ابيض صح لانه يصير معلوم الوصف فبالوصف وهي والجيد عندهم
الرومي والوسط السندي والردي الهندي والجيد عندنا التركي
والوسط الرومي والردي الهندي وقيمة الجيد خمسون دينارا والوسط
اربعون والردي ثلثون وقيمة الابيض الوسط اربعون دينارا والمخير
فيه القيمة بلا خلاف وفي المغني الوسط من العبيد السندي والمنصوري
وان اعلا التركي والرومي وان ادنى الزنجي والحبشي وفي المبسوط الوصيف
الابيض خمسين دينارا وفي المحيط قيمة الوسيط اربعون دينارا
وان سمى عبدا ابيض بخمسين دينارا فاتاها بعبد ابيض لا يساوي خمسين
دينارا جاز ولا معتبر بالقيمة عند دفع العين وان كان لا يساوي
خمسين دينارا هذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما على الغلاء
والرخص في كل بلد وكل زمان وعليه الفتوى ويجبر الزوجة
على قبول القيمة كما يجبر على قبول الوسط من ذلك عندنا وقال زفر
ومالك واحمد بن حنبل لا يجبر على قبول القيمة واختار القاضي من الحنابلة
اجبارها على قبولها وان سمى عبدا وسطا او جيدا او رديا كقول
اصحابنا لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء
والمعين اصل بتسميته فيخير الزوج بينهما ولان قيمة الوسط اعدل من
الوسط بدليل ان من اتلف الوسط من ذوات القيم تعتبر قيمته لا وسطا
من ذلك الجنس وقد ثبت الوسط في ذمته واجبرت على قبول مثله من
الوسط ولان تعيين قبول قيمة المثل اولى لما ذكرنا وان عين العبد
ونحوه يجبر على تسليمه ويجبر الزوجة على قيمته لتعينه بالتعيين ولذا
ان حلف بان يهب على عبد او ثوب لا يجبر المراة على القيمة فالحاصل
ان القيمة لا تدخل هنا في ذلك اذا ذكر مضافا الى العاقد ذكره محمد في السير
الكبير في باب الامان لان الاضافة من اسباب التعريف كالاشارة والله اعلم
فان قيل يبطل ما ذكرتم بالوصية فان من اوصى بعشرة من رقيقه

وهلك رقيقه ثم استفاد رقيقا لا يبطل الوصية فلو كانت الاضافة كالاشارة
لبطلت قلنا الاضافة كالاشارة من وجه من حيث ان كل واحدة
منهما للتعريف لا من كل وجه فالحقناها بالطلاق في باب الوصية
لانه اوسع وعملنا بالشبهين والدليل على الفرق بين التصرفين ان
الوصية تصح بحمل جاريته وبما يثمر نخيله العام وبجميع ماله ولا يجوز التزوج
على شيء من ذلك فوايد [illegible] مهمة واصول [illegible] جهالة ذكر
في الزيادات والمحيط ان جهالة الجنس تفسد النكاح والوكالة
وجهالة النوع لا تفسدهما كما قلنا في المهر المسمى فاذا وكله بشراء فرس
او بغل او حمار جاز وان لم يسم الثمن ولو بشراء عبد او جارية لا يصح
ان لم يسم الثمن ولو بشراء عبد او جارية لا يصح ان لم يسم الثمن ففرق
بينها بين العبيد والاماء وبين الفرس والبغل والحمار فجعل فيها الجهالة
جهالة الجنس وفي الفرس ونحوها جعل الجهالة جهالة النوع والصفة
وفي الصداق سوى بين الكل وجعل الجهالة في الكل جهالة الصفة
وفي الوكالة بشراء دار ان سمى الثمن جاز كالعبيد والاماء الا في رواية
الامالي عن ابي يوسف فانه لا يصح وان سمى ثمنا وفي الثوب والدابة لا يصح
وان سمى الثمن ففرق فيها بين الدار وبين الثوب والدابة وفي المهر سوى
بين الثلثة وجعل الجهالة فيها جهالة الجنس ثم سوى ابو يوسف في رواية
الامالي وان وكله بشراء ثوب هروي جاز كالمهر يشتري له شيئا
او ثوبا او اثوابا بالثلثة اثواب او لا ثوب لم يجز ولذا لو قال دابة
وان وكله ان يشتري له اشياء او الاشياء او ثوبا او الدواب او ثيابا
او الثياب جاز التوكيل وقياس ذلك ان يجوز في الدور وذور لا يجوز
وبدا ذكرنا يعرف من كتاب الوكالة من الزيادات وفي المحيط ولو
وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها وقد ذكرناه ويجب
بالغا ما بلغ ولو سمى جنسا من اجناس الثياب بان قال على ثوب
هروي او مروي او يهودي صحت التسمية ويجبر الزوج بين دفع الوسط

منه ومن قيمته كما تقدم ولذا اذا بالغ في صفته فظاهر الرواية قال في
البدايع ولم يفصل بينهما اذا سمى له اجلا اولم يسم وقال ابو يوسف
اذا ذكر له اجلا يجبر على تسليمه وان لم يوجله يجبر وعن ابي حنيفة يجبر
على تسليمه من غير خيار ولا يمهل للتحصيل وهو قول زفر ولذا ذكر
في التحرير لانه اثبت في الذمة ثبوتا صحيحا كما بدون الاجل فاشبه
العبد والفرس وفي البدايع عن ابي حنيفة روايتان فيما اذا وصف الثوب
واجله في رواية عنه يجبر على القيمة لتعين الموجل وفي رواية لقول ابي
يوسف كما في السلم وان تزوجها على مكيل موصوف يجبر كالدراهم والدنانير
يجبر الزوج على دفعه ولا تقبل منه العوض الا برضاها وان لم يصفه
صحت التسمية ويجبر الزوج ان شاء اعطاها قيمته هكذا ذكره الكرخي
في جامعه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر على الوسط ولا تقبل منه
قيمته لان الشرع لما اوجب الوسط فقد تعين وتعيين الشرع
كتعيين الزوج فصار كما لو عينه ولو سمى الزوج الوسط يجبر على
تسليمه لذا هذا بخلاف العبد فانه لو نص فيه على الوسط لا يجبر
على تسليمه بل يخير فلذا اذا اوجبه الشرع ووجه
الاول ان القيمة اصل في ايجاب الوسط ولذا في التسليم كما في العبد
هكذا ذكره في المحيط والبدايع وغيرهما وان تزوجها على بيت
وهو بدوي بلزمه بيت من شعر او مدر اذ هو نوع من اسباب
وان كان حضريا لها بيت وسط قال ابن ادريس بيت بيت وهذا
قال ما يجهز هنالك والجهاز لا يكون بالبيت قال صاحب المحيط
وفي عرفنا يراد بالبيت المبني الذي يسكن فيه المدر فلا يصح تسميته مهرا
اذا لم يكن معينا وفي المبسوط المراد بالبيت متاع البيت وهو معروف
في العراق وهو ما يجهز به المراة ويصرف الى الوسط منه وعن
ابي يوسف قيمته اربعون دينارا وفي جوامع الفقه هو على متاع بيت
وسط في عرفهم وفي عرفنا يجب مهر المثل وان عين البيت فهو على

عينه بخلاف الدراهم والدنانير وفي بعض الدساتير روايتان والفلوس
التي تروج كالدراهم والعطارة كذلك وفي المواضع التي لا تروج فهي
سلعة والموزون والمعدود يجب عينها تتعين وللزوجة اخذ عينها
وقال مالك رحمه الله عليه يجوز النكاح على بيت وخادم ويجب فيهما الوسط
وعند الشافعي رحمه الله عليه يجب فيهما مهر المثل وقد تقدم وفي
الاشراف يجوز التزويج على بيت وخادم ويجب خادم وسط وفي مصنف
ابي بكر بن ابي شيبة قال الحسن وابن سيرين والنخعي يجوز النكاح على
الوصفاء والوصايف ويجب بيت معروف ان كان من بيوت العرب ولذا
في بيوت العرب الحضر ويصرف الى المعروف ان كان معروفا وقال الشافعي
يجب مهر مثلها ومثله عن ابي ثور بالدخول او الموت وبالطلاق قبل
الدخول يجب المتعة قال ابن المنذر وبه نقول وعند الشافعي
يجب نصف مهر المثل وعند الظاهرية يفسد النكاح في ذلك
كله فرع ذكر في المحيط زوجت نفسها بمهر امها جاز به
وفي الذخيرة هو الصحيح ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصفه
ويجبر اذا علم بقدر مهر امها وفي جوامع الفقه لو تزوجها على مثل مهر
فلانة يجب مهر المثل وكذا لو تزوجها على ملء هذا الزنبيل حنطة او
قيمة هذا العبد او قيمة عبد او على سكنى دار موقوفة او على ان يخدمها
ما عاش او يزوج ابنتها او على دراهم او بما في هذه الابل او على ثوب
قيمته عشرة او قال لعبدها املكه يجب في ذلك كله مهر المثل وفي
المرغيناني هذا قول ابي حنيفة رحمه الله عليه وعن ابي يوسف رحمه الله عليه
يعطيها ما فرض له وروى انه اذا تزوجها على ثوب وخمسة الدراهم
لها مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول فلها هذه الخمسة ولو قال على
ما في يدي وفيها عشرة دراهم ان شاءت اخذتها وان شاءت اخذت
مهر المثل ومثله على نصيبي من هذه الدار وفي المرغيناني تزوجها على
خادم بعينه نكاحا فاسدا ودفعه اليها فاعتقها قبل الدخول فالعتق

باطل وبعده جاز وان تزوجها على غنم بعينها على ان اصوافها له كان له الصوف
استحسانا ولو تزوجها على جارية حبلى على ان ما في بطنها له فلها الجارية
وولدها وفي الجامع كاتبت امته الحامل على الف على ما في بطنها له فسد
كالبيع والهبة كالنكاح له على امرأة الف فتزوجها على ان اخر
ذلك عنها فلها مهر مثلها والتاخير باطل ولو تزوجها على حكمه
مهر المثل الا اكثر حكمه ما اكثر منه فيجب ذلك وعلى حكمها لا تحكم
باقل من مهر المثل فلا بد من رضاها وبالاكثر لا بد من رضاه وفي المغني
تزوجها على حكمها او حكمه او حكم اجنبي لا يصح وهو قول الشافعي
وقال مالك يجوز فان وقع الرضى بالحكم فيه والا فسخ ولا شيء لها فان فرض
لها مهر المثل لزمها النكاح وقال ابن حزم في المحلى يفسد النكاح
فيه ولو تزوج امرأة على الف مؤجل لا يصح التاجيل وتعرض الزوج لتعجيل
ما تعارف اهل بلده بتعجيله ويوجد الباقي بعد الطلاق او الموت
ولا يجبر على تسليم الباقي ولا يحبس عليه وفي فتح المنية هو عادة
خوارزم فان طلقها حقيقة لا يصير المهر حالا حتى تنقضي العدة وبه
قال عامة المشايخ وقال القاضي البديع وقاضي خان يصير حالا ولو
قال بعضه معجل وبعضه مؤجل ولم يذكر يجوز ويحل بالفرقة او بالموت
او الطلاق وقيل يصير حالا وهو اقرب الى الحق وفي الذخيرة
الصحيح الصحة للعرف والغاية معلومة في نفسها وهو الطلاق
او الموت وفي البدائع ان ذكر اجلا مجهولا كالميسرة وهبوب الريح
ومجيء المطر وقال تزوجتك على الف مؤجلة وهي حالة لان الاجل
لم يثبت لجهالته الفاحشة وان تزوجها على الف على ان يعطيها ما تيسر
له والبقية الى سنة كان الالف كلها الى سنة الا ان تقيم الزوجة
بينة على انه قد تيسر له منها شيء او كله فتاخذه وفي المغني ويكون المهر
معجلا ومؤجلا وان لم يذكر اجله قال القاضي المهر صحيح ومحله الفرقة
قال ابن حنبل لا يحل الاجل الا بموت او فرقة وهو قول الشعبي والنخعي

والحسن وحماد والثوري وابو عبيد يكون حالا وقال اياس بن معاوية
وقتادة لا يحل حتى يطلق او يخرج من مصرها او يتزوج عليها وعن مكحول
والاوزاعي والعنبري يحل الى سنة بعد دخوله وقال الشافعي لها مهر
المثل واجاز ابو الخطاب من الحنابلة وقال الكدا كان زعموا انه لا يوجد
الا عند الموت او الطلاق فانه ينظر الى مهر مثل تلك المرأة بالنقد فيعطى
مثله ان دخل بها وان لم يدخل بها يجعل المهر ولا يفسخ ذكره عند ابن
المنذر في الاشراف وان تزوجها على الف الى هبوب الريح او مجيء المطر
وان تزوجها الى الحصاد والدياس والنيروز او المهرجان قال
الاسبيجابي لا رواية لهذه المسألة في الكتب الظاهرة وقال السرخسي
الصحيح صحة التاجيل في هذه الاشياء في الصداق لا الكفالة وفي المرغيناني
يجوز التزوج الى الحصاد والدياس في الصحيح ومن المشايخ من قال
لا تثبت الاجل في الصداق الى هذه الاجال وفرق بين الصداق
والكفالة بان ثمه هو المعقود عليه وهو المرأة لا يحتمل الجهالة فلذا
الاجل بخلاف الكفالة قالوا الاول اصح لانه يبقى باحتمال في الدين المستحق
بالعقد لا في العقد والله اعلم مسايل متفرقة في فتح
المنية يزوج امرأة بمهر معلوم لا يجب واجاز اسماعيل المتكلم وقال
القاضي عبد الجبار يجب تجوز الزيادة في المهر بغير شهود ولا يصح
من غير قبول والاصح اشتراط قبولها في المجلس ذكره المرغيناني
قال لمطلقته الرجعية راجعتك على الف ان قبلت جاز ويشترط
قبولها في المجلس على الاصح تزوج امرأة بالف ثم جدده بالفين ذكر
شيخ الاسلام زاده ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا يلزم الباقي
وبعض المشايخ ذكر الخلاف على العكس وقيل الاعتبار عندنا عدم
لزوم الزيادة لانها في ضمن النكاح ولم يصح هكذا في الفتاوى الظهيرية
وفي الفتح قال تزوجتك بمسمى خمسين دينارا او اقل من الخمسين
قالت قبلت ينعقد بمهر المثل قال تزوجتك بمهر جائز في الشرع

ينصرف الى مهر المثل هكذا في فتاوى ابي الليث وقاضي خان وقال برهان
الدين صاحب المحيط ينصرف الى عشرة دراهم ولو تزوجها على اكثر
من مهر مثلها على انها بكر فاذا هي ثيب لا تجب الزيادة وفي المرغيناني
قال تزوجها على الفي درهم على ان الالف منها على فلان وعليك الالف
فقال الزوج قبلت كان المهر كله على الزوج والالف ضمان من الفلان بامره
فيرجع عليه اذا ادى وفي جوامع الفقه لو تزوجها على دينار وهي يجب
مهر المثل ولا تزاد على دينار ان ساوى عشرة دراهم ولو قال على
اقل من الف درهم يجب مهر المثل ولا تزاد على الف قوله
فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها
والمشهور عن مالك في الخمر والخنزير والغرر قصر الفساد على الصداق
وصحة النكاح ووجوب مهر المثل فيهما فان لم يكن الجواب فسخ النكاح
قبل الدخول وثبت بعده على المشهور وهل فسخه على الاستحباب
او الوجوب فيه قولان وعند الشافعي يجب مهر المثل وفي قول
قيمته وعند ابن حنبل يجب مهر المثل وقال ابو عبيد يفسد النكاح
في ذلك كله واجازه ابو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة وهو قول
الظاهرية ومثله التزوج على الميتة والدم و [illegible] الاول قول
العامة كالاوزاعي والثوري واكثرهم وغيرهم لان فساد الصداق لا
يفسد النكاح اذا ذكر تلك الاشيا وعدمه سوا لانها ليست باموال
والمسلم ممنوع من تمليكها وتملكها ويجب مهر المثل كالمفوضة
واصل الشافعي يقتضي ان لا يجب مهر المثل ههنا بالعقد كالمفوضة
لان الخمر والخنزير ليست بمال ولا تستحق بحال وقول صاحب
الكتاب في الخمر انها ليست بمال فيه نظر فان الاصحاب قالوا انها
مال غير متقوم في حق المسلم لان المال ما يقع فيه الشح والضنة والخمر
بهذه المثابة وقوله لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح
النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع فانه يفسد بالشروط الفاسدة

ما شرطت هذه الاشيا جعلت عوضا في النكاح لا شرطا لكن
ان جعل هذا تزوجا بمهر المثل وقبولها شرطا استقام التعليل وفي
البيع ان جعل بيعا بالقيمة والقبول على هذه الاشيا شرطا فاسدا كان
فساد البيع للقيمة لا بالشرط الفاسد ولا يمنع ان يكون الفساد بهما
وان كان من ذلك الفرق بينهما ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة في الحال
بخلاف النكاح لا في مسالة الكتاب استقام ايضا وان تزوجها
على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة
وهو احد قولي الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد وابن حنبل يجب
لها مثل وزنها خلا وفي الذخيرة ذكر في كتاب نكاح الاصل
اذا تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر او على هذا الدن من الخل
فاذا هو خمر او على هذه الذكية فاذا هي ميتة فسدت التسمية
ولها قيمة الحر لو كان عبدا او قيمة الشاة لو كانت ذكية وفي الخمر
مثل ذلك الدن من الخل الوسط هكذا ذكر في الاصل وفي القدوري
ذكر ان على قول ابي يوسف في العبد لها مثل ذلك الحر عبدا في
الاوصاف ومثل تلك الشاة الميتة شاة ذكية وقال محمد في الحر
والشاة الميتة مثل ما قال ابو حنيفة وفي الخمر مثل ما قال ابو يوسف
ذكر الكرخي في الجامع الصغير الذي صنفه انه لو تزوج على هذا
الدن من الخمر فاذا هو خل او على هذه الشاة الميتة فاذا هي ذكية
او على هذا الحر فاذا هو عبد قال روى ابو يوسف ومحمد عن
ابي حنيفة ان لها مهر المثل وهو قول محمد وقال وهذا من ابي حنيفة
ترك لاصله يريد به انه اعتبر الاشارة في المسايل المتقدمة حتى اوجب
فيها مهر المثل لان المشار اليه لا يصلح مهرا لكونه ليس بمال وفي هذه
المسايل المشار اليها يصلح مهرا لانها مال ومع هذا لم يعتبره واوجب
مهر المثل وهذا معنى قوله ترك اصله قال في الذخيرة ولكن نقول
ان مهر المثل اصل عنده فلا يصار الى غيره الا اذا صح من كل وجه

فعلى اعتبار التسمية الصحيح وهي معرفة كالاشارة فاعتبروا الاشارة فيه
تقدم والتسمية ههنا حتى لا تجعل عن الاصل بالشك وقيل الفساد
على رواية ابي يوسف حتى لا يترك اصله وفي البدايع رواية ابي يوسف
اصح الروايتين وفي المرغيناني هي ظاهر الرواية عنه وفي المبسوط
كما ذكره في البدايع والظاهر انه منه اخذه ثم ذكر في المبسوط والاسبيجابي
والوبري والمرغيناني وقاضي خان ان لها مثل ذلك الدن من الخل
الوسط وفي ملتقى البحار لها مثل وزنها خلا كما ذكره في الكتاب والظاهر
ان المعتبر فيه الوزن لانه وزني وان الخل لا يكون احدهما في الوزن
اثقل من الاخر وعبارة تقسيم الكتب التي ذكرتها محتمله وفي جوامع
الفقه اذا تزوجها على هذا الدن من الخل او على هذه الذكية فاذا
هو خمر او ميتة يجب مهر المثل فيهما عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما
يجب مثله خلا او ذكية او قيمتهما ولم يذكر الفقيه وفي العبد اذا ظهر
حرا يجب مهر المثل عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله عليه قيمته
ان لم يعلما بكونه حرا وان علما يجب مهر المثل اتفاقا وان قال على هذا
الثوب الهروي فاذا هو مروي فعند ابي حنيفة رحمه الله عليه يجب
ثوب هروي ولم يذكر قول ابي يوسف والجنس مختلف فيجب المسمى
وهو مال ولو قال لها هذا القفيز من الحنطة فاذا هو شعير او على هذا
الخل فاذا هو زيت يجب المسمى بقدره عند ابي حنيفة وعند محمد يجب
الشعير قال والظاهر انه يجب مهر المثل ولو قال على هذا الرطل من
السمن فاذا هو زيت يجب المسمى بقدره عند ابي حنيفة رحمه الله عليه
وعن محمد يجب الشعير قال والظاهر انه يجب عنده مهر المثل ولو قال
على هذا الرطل من السمن وليس فيه شيء يجب لها مثل ذلك من السمن ولو
قال على هذا الرطل من السمن يجب مهر المثل ولو تزوجها على امة عتق
جنينها او استثنى ولدها يجب مهر المثل كما لو تزوجها على عبد الا
نكحها الا الجارية بخلاف عبد الغير وفي عبره اذا استثنى ولدها لها

الام والولد كالهبة وان تزوجها على الف ينصرف الى ما هو الاقرب من مهر
مثلها من الذهب او الفضة وفي الوبري كما لو تزوجها على هذا العبد فظهر
مدبرا او مكاتبا او على هذه الامة فظهرت ام ولد فيجب في ذلك كله القيمة
بالاتفاق واجمعوا على ان العبد لو مات في يده قبل القبض او استحق
ولم يجز يجب قيمته وفي رواية عن ابي حنيفة اذا كان الدن يساوي عشرة
فلها الدن لا غير وان لم تساو عشرة يكمل العشرة ووجه الظاهر
ان المقصود المظروف دون الظرف والاصل ان عند ابي يوسف
رحمه الله عليه يتعلق العقد بالحلال من المسمى والمشار اليه لانه اطمعها
ما لا فيجب الحلال المال منهما وعند محمد ان ظهر الخلاف في الجنس يتعلق
بالمسمى وهو معدوم فيجب مهر المثل قال الوبري وما اصله محمد رحمه الله
في المهر قول ابي حنيفة ايضا وفي قاضي خان اعتبر ابو حنيفة رحمه الله عليه
الاشارة في الكل وقال الجنس متحد في الفصول كلها فان العبد
والحر جنس واحد والذكية والميتة جنس واحد والخل والخمر جنس
واحد والاختلاف في الاوصاف وقد عرفت تمسيه ذلك في المطولات
فاذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هي خل فعند ابي حنيفة رحمه
الله عليه ولابي يوسف ايضا لها الخل اما عند ابي حنيفة فان المعتبر هو
الاشارة واما عند ابي يوسف فلانه يتعلق العقد بالحلال منهما وعند
محمد يجب مهر المثل ويتعلق بالمسمى دون المشار اليه لاختلاف
الجنس عنده قال في المبسوط وابو يوسف رحمه الله عليه يعتبر التسمية
في الفصول كلها يعني في مسائل الكتاب لانه اطمعها ما لا وعجز عن
تسليمه فيجب قيمته في ذوات القيم ومثله في ذوات الامثال كما لو هلك
قبل التسليم او استحق ولم وان العقد مرة يتعلق بالاشارة
ومرة بالتسمية فيتعلق بالصحيح منهما ولا يصار الى مهر المثل لعسر
اعتباره ونحن نقول كما لو ابو حنيفة رحمه الله عليه رجح الاشارة لقوتها كما
ذكرنا ومحمد رحمه الله فصل واستدل على تفصيله بالاتفاق في البيع فان من

اشترى فصًا على انه ياقوت فاذا هو زجاج او اشترى شخصًا على انه جارية
فاذا هو غلام فلا بيع بينهما لاختلاف الجنس ويتعلق العقد بالمسمى وهو
معدوم ولو اشترى فصًا على انه ياقوت احمر فاذا هو ياقوت اصفر
او اخضر يتخير المشتري لتعلق العقد بالمشار اليه وفوات وصف
مرغوب فيه الى شرط لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب ولم
يحسن ذلك ومثله لو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي كبش لاتحاد
الجنس في الذكور والاناث في غير بني ادم لما عرف وفي مسئلتنا الحر والعبد
جنس واحد بدليل ان الحر الصغير يصير عبدا والعبد حرا وان منافع
الحر والعبد متقاربة قال والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت بينهما
فان احدهما لا يسد مسد الاخر وما يصلح له الخل لا يصلح له الخمر والخل
بعد استحكامه لا يستحيل خمرا وفي الفتاوى هذا الاصل الذي ذكره محمد
اذا لم يعلم المشتري انه من خلاف جنس المسمى فان علم انه من خلافه فالعبرة
للمشار اليه كما لو قال بعتك هذا الحمار واشار الى عبد صح البيع اذا علم المشتري
ثم على هذا قال اشتر لي بهذه الالف الدراهم واشار الى دنانير
او بالعكس يتعلق التوكيل بالمشار اليه ويجعل ذكر الدراهم والدنانير
للمدح والذم وعكس هذا في المحيط قال اشتر لي بهذه الالف درهم الذي
في هذا الكيس جارية فاشتراها بالالف فاذا في الكيس سبعمائة فكان له
للامر وان كان المشار اليه من جنس المسمى وعند اتحاد الجنس يتعلق
التوكيل والبيع والمهر بالمشار اليه وهنا علقه بالمسمى لان في تعليقه
بالمشار اليه ضررا بالتوكيل لان المسمى معدوم فيه فيتعلق بالمسمى وان
كان من جنس المشار اليه لهذه الضرورة حتى لو كان الوكيل علمه شراه بالالف
على الامر وفيها ايضا اشتريت منك بهذا الخنزير وهو شاة جاز
وفي المبسوط ابو حنيفة يقول الخمر مع الخل جنس واحد لان الاصل واحد
وهو العصير والهيئة واحدة وهذه اوصاف تعرض على العين فلا توجب
تبدل الجنس كالصغير والكبير في الادمي والله تعالى اعلم قال

يرد عليه مسئلة الجامع وهي اذا حلف لا يذوق هذه الخمرة فصارت خلا فلو لم
يتبدل الجنس لحنث اذا لو وصف لحنث في الحاضر والحالف بالادمي في الصغر
والكبر ويمكن ان يقال في الجواب ان الخمر والخل جنسان في العرف ومبنى
الايمان عليه وان كانا جنسا واحدا في الحقيقة او يقول الصفة اذا كانت
داعية لليمين تعتبر في الحاضر كما اذا قال ان دخلت دار فلان هذه فلما خلعها
بعدما باعها لا يحنث واستشهاده على هذه القاعدة بمسئلة الحلف
على ان لا ياكل هذا الرطب او هذا العنب فصار الرطب تمرا والعنب زبيبا
لا يحنث باكل منهما واكلهما غير مستقيم لانه مبني على اعتبار الصفة في
الحاضر اذا كانت داعية لليمين لوجهين احدهما ان الرطب والعنب بعد
ما صار زبيبا وتمرا يصيران جنسا اخر بخلاف الحيوان فان الصغير
والكبير لا يصير جنسا اخر بل الكبير هو ذلك الصغير بعينه فلهذا لو
زوج الصغير صغيرة وكبرا او شاخا جرى التوارث بينهما ويحل وطي زوجه
التي تزوجها صغيرة وهو صغير والوجه الثاني انه لم يحنث
فيهما بعدما صار تمرا او زبيبا لانه اكل بعض ما حلف عليه لزوال بعض
المحلوف عليه باليبوسة بخلاف الصبي والحمل اذ الجنس لم يتبدل فيهما
بالكبر والعين التي حلف عليها باقية قائمة على حالها لم تنقص بل
ازدادت والزيادة في شرط الحنث لا تمنع الحنث وهذا هو الفرق الصحيح
وفي المحيط الحر والعبد عند ابي يوسف رحمه الله عليه جنسان وعندهما
جنس واحد وكذا الخمر والخل عند ابي حنيفة رحمه الله عليه ولو تزوجها
على عصير فتخمر قبل قبضه عن ابي يوسف رحمه الله عليه لها مثله ولم يذكر
قولهما وفي خزانة الاكمل تزوجها على مائة رطل خمر او خل يعتبر الغالب
في البلد من خل التمر والعنب وان استويا في الغالب يجب مهر المثل وفي
جوامع الفقه تزوجها على دينار وشيء فالشيء اقل من نصف دينار ويجب
فيه مهر المثل وفي خزانة الاكمل يجب دينار ونصف لا الشيء فرع
تزوجها على مغصوب ولم تجز يجب قيمته في ذوات القيم ومثله في ذوات

الامثال وبه قال ابن القاسم من المالكية ذكره في الجواهر وابن حنبل ولذا في
العبدا فاظهر حرا عنده وهذا قول شريح وابن ابي ليلى وابي ثور وقال
مالك يجب قيمة مهر المثل وفي البسيط يجب قيمته وفي قول مهر المثل
وفي المنهاج يجب قيمة مهر المثل وفي قول قيمته قال ابن قدامة في المغني هو
قوله القديم وفي الجديد مهر المثل وفي المغني لو اصدقها هذا الخمر او هذا
المغصوب يجب مهر المثل وفي المثلي ان ظهر مغصوبا فلها مثله كقولنا
وان اصدقها خلا فخرج خمرا او مغصوبا فلها مثلها
قاله ابن قدامة وهو قول ابي حنيفة وغلط في نقل قوله وقال القاضي
لها قيمته لان الخمر ليست مال وليس من ذوات الامثال ولو قال
اصدقتك هذه الخمرة واشار الى الخل او عبد فلان واشار الى عبد نفسه
يجب المشار اليه وان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس
لها الا العبد الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة وقال
الحسن انه لو ساوا [illegible] قال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر
لو كان عبدا وقال محمد لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر
مثلها اكثر من قيمة العبد وهو رواية عن ابي حنيفة وفي المحيط وروى
محمد عن ابي حنيفة ان لها مهر المثل وقال ابن حنبل لها العبد وقيمة
الحر اخذا بقول ابي يوسف وكذا لو ظهر مغصوبا وعند الشافعي رحمه
الله عليه يبطل في الحر والمغصوب ويصح في المملوك في الاظهر ويتخير
فان فسخت فمهر المثل وفي قول قيمته وفي البسيط المطالبة ببدل
ما لم تملكه المرأة تعبد عن موجب قياس ضمان البدل لكن قد رضيا
بانه هذا العوض ورفضا مهر المثل والرجوع الى البينة اولى من الرجوع
الى مهر المثل الذي قد رفضاه ولم يتعلق رضاهما به مع الجهالة
الفاحشة ويعسف اعتباره وان عند عدم الاحالة يتعذر تسليمه
فيرجع في الخمر والخنزير الى قيمته هلا كرم صحته والحر بعد عبدا
فيقدر قيمته وتقدير الرضى بها ليس ممكن لكن هو ابعد من المغصوب وفي

المجهول يتعين الرجوع الى مهر المثل قولا واحدا لان الرجوع الى قيمة المجهول
محال ولابي يوسف انهما لو ظهرا حرين يجب قيمتهما عنده فكذا
اذا ظهر احدهما اعتبارا للبعض بالكل ولانه اطمعها عبدين وعجز
عن تسليم احدهما فيجب قيمته كما لو هلك في يد الزوج وهو عبد ولابي
قيمة عبد وسط لاعتبار الاشارة من وجه ولمحمد لو كانا حرين يجب
مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا والاخر حرا يجب العبد
وتمام مهر مثلها لعدم رضاها بدون مهر المثل الا بسلامة العبدين
لها فصار كما لو تزوجها على الف وعلى ان يهدي لها هدية او على ان لا
يخرجها من بلدها او على ان لا يتزوج عليها وهذا اقوى في الزام ابي حنيفة
رحمه الله عليه بثلث روايات في المسائل والفرق له بين الالف
والالفين حيثما وجب فيهما مهر المثل وبين العبدين اذا ظهر احدهما
حرا في ظاهر الرواية ان لها العبد الباقي في ذوات مهر المثل ان
الثابت هنا كاحدى التسميتين وليست احداهما اولى من الاخرى
فلا يثبت واحد منهما فيجب مهر المثل اما هاهنا فتسمية العبد الباقي
ثابتة قطعا فيمنع المصير الى مهر المثل ثم الفرق لابي يوسف
بين التزوج على الف وعلى ان لا يتزوج عليها واخواته انه لم يطمعها الا
بمال فانها شرط مرغوب فيه فيكمل مهر المثل عند فواته ولا
يمكن ايجاب قيمته والهدية مجهولة لا يمكن ايجاب قيمتها او مثلها والعذر
لابي حنيفة على الظاهر ان الالزام ونزل التزوج عليها وترك اخراجها
يمكن الوفاء بها فلم يكن راضية بالمسمى بدونها واذا كان احدهما حرا لا يمكن
الوفاء بالحر لانه ليس بمال ولا هو شرط مرغوب فيه فكانت راضية
بالعبد الباقي الذي هو مال ووجه اخراجه لا يمكن الوقوف
على المشروط هنا لا في الحال ولا يمكن معرفة الحر قبل العقد فكان
فلا يكمل مهر مثلها وان تزوجها على ان يشتري لها هذا
العبد او اباها فان قدر عليه بثمن المثل فعليه تحصيله ودفعه اليها

ولا تقبل منه قيمته ولها قيمته عند العقد وبه قال ابن حنبل وعند الشافعي
لها مهر المثل وفي المنتقى لو تزوجها على دين له على انسان ان شاءت
اخذته منه وان شاءت من الزوج اذا الدين حال ولو تزوجها على الفين الف
منها لله تعالى وللخاطب او لولدكا ولفلان فالمهر الف لانه اخرج من
المهر واستثنى في كلام واحد ذكره في المحيط ومثله في الخزانة وفيها لو لم
تقل منها فالكل مهرها وكذا الف لها والف لفلان ولو لم تقل منها فالـ
الكل مهرها وكذا لو قال لولي زوجتك على الف على ان ما يكون لي فالكل
لها وعند ابن حنبل له لو شرطه ويروى عن مسروق انه شرط لنفسه
عشرة الاف درهم لما زوج ابنته فجعلها في الحج والمساكين ومثله عن
علي بن الحسين زين العابدين وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد
العزيز والثوري جميع ذلك للمرأة كما قلنا وليس هذا مذهبنا ويتعلق
بقصة شعيب وفي الجواهر تزوجها على الف على ان لابيها الفا صح وكان
الالف لها قال الشهيد لو تزوجها على ان يهب لابيها عبده جاز فان
طلقها قبل الدخول بها رجع بنصف العبد قلنا اشتراط الثمن
لغير البائع خلاف الاجماع فكذا المهر لانه بدل البضع وقد ثبت لابيها البالغ
الشفعة في شقص من الدار تزوج عليه وقصة شعيب منسوخة
لان شريعة من قبلنا هل هي شريعة لنا اختلف العلماء فيه ولو تزوجها
على عشر عبيد اشتراه منها جاز وتكمل العشرة ان نقص العشرة منها
وجواز الرجوع على حصة العشرة استحسان والقياس ان لا يجوز لان العيب
وصف في المحل ولهذا ليس للمشتري امساك المبيع والرجوع بنقصان العيب
ووجه الاستحسان ان الفائت جزء من المبيع فيعتبر بالكل ولو
تزوجها على نصيبه من هذه الدار فلها ذلك عند محمد وعند ابي حنيفة
ان شاءت اخذت النصيب وان شاءت مهر مثلها ولا يجاوز قيمة نصيبه
من الدار ولو تزوجها على هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر
ثوبا قال محمد يعطيها عشرة اثواب منها ايها شاء وقال ابو حنيفة ان كان مهر

مثلها مثل اجو

مثلها مثل اجودها او زيادة فلها اجود العشرة قال في البدائع وعليه
الفتوى وهو مثل من تزوجها على احد هذين الثوبين او العبدين وان
وجدها تسعة قال محمد لها التسعة وتمام مهر مثلها وقال ابو حنيفة لها التسعة
لا غير وفي خزانة الاكمل ولو كان مهر مثلها الفا فاصطلحا على الفين صح
في حال قيام النكاح وكذا لو زادها الفا وبعد الطلاق قبل الدخول او بعد
الموت مع الورثة لا يصح لانه بعد زيادة الدين قوله واذا فرق
القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها وكذا
بعد الخلوة عند اهل العلم قاطبة وعن ابي حنيفة يجب كالصحيح ولا
اصل له لان التمكن من الوطي حرام فلا يقام مقام الوطي واقام اللمس
والقبلة من غير خلوة مقام الوطي واوجب بذلك كمال المهر ذكره
في المغني ولا يتوقف التفريق بينهما على تفريق القاضي بل لكل واحد من
الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض
المشايخ وكذا عند الاخرين ان لم يدخل بها وان دخل بها فليس له ذلك
الا بحضور صاحبه كالبيع الفاسد فان لكل واحد منهما فسخه قبل القبض
وليس له ذلك بعده الا بحضور الاخر ذكره في الذخيرة ولهذا لا يجب العدة
فيه بالخلوة وفي المبسوط النكاح الفاسد مع الخلوة لا يثبت حرمة
المصاهرة اذا لم يكن فيه مسيس ولا لانه المهر لان اصل المهر لا
يجب بالنكاح الفاسد فكيف يتأكد وانما يجب باستيفاء منافع
البضع واقيمت الوطأة الواحدة مقام الكل في باب كمال المهر في النكاح الصحيح
ومقام الكل في حق وجوبه كله في النكاح الفاسد ولما لم يجب الحد
للشبهة وجب مهر المثل حتى لا يخلو استيفاء منافعها عن العوض
لكن لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر وقوله قول الائمة الثلاثة
واعتبروه بالبيع الفاسد ولنا انها قد اسقطت الزائد على المسمى
من مهر مثلها فلا يجب مع اسقاطها مع ان المنافع غير مال الا في موضع
الضرورة والحاجة سقوم بالعقد وشبه العقد وفيما لم يوجد فيه

العقد لا يتقوم ألا ترى أن من حال بين إنسان وبين زوجته زمانا طويلا لا
يجب عليه شيء لمستحقها مع أنهم أوجبوا بذلك أجر المثل في الدار والعبد مطلب
ولذا لو نقص مهر المثل عن المسمى يجب مهر المثل ولا يجب الزيادة
عليه بالتسمية لفسادها والفرق بين رضاها بإسقاط الزيادة
على مهر المثل حيث اعتبر ورضاه بالتسمية حيث لم يعتبر أن الزيادة
التي لا يشهد لها مهر المثل كالعدم لفسادها لكن النقص عن المسمى لأنه
مال متقوم بنفسه ولا يتوقف تقومه على عقد ولا تسمية عقد
ولو لم يكن فيه مسمى أو كان مجهولا يجب مهر المثل بالغا ما بلغ بالإجماع
وعليها العدة بعد الدخول إلحاقا له بالنكاح الصحيح للشبهة
في موضع الاحتياط وتحرزا عن اختلاط النسب واشتباهه ويعتبر
ابتداؤها من وقت التفريق كالطلاق في النكاح الصحيح
وقال زفر من آخر الوطآت واختاره أبو القاسم الصفار حتى لو حاضت
من آخر الوطآت ثلاث حيض قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده
وذكر في المبسوط ويثبت نسب ولدها منه لأنه يحتاط في إحياء الولد
لأن الولد الذي ليس له أب معروف كالميت لأنه ليس له من يربيه
ولا من يطعمه ويسقيه فيترتب على النسب من وجه هذا المعنى ويعتبر
مدة النسب من وقت الدخول عند محمد قال الفقيه أبو الليث والفتوى
على قول محمد رحمه الله وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد لأن
النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء ولهذا لا يستحق المصاهرة
بالعقد الفاسد حتى يكون فيه مس أو تقبيل وذكر في كتاب الدعوى
من الأصل إذا تزوجت الأمة بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج
وولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن
الزوج فقد اعتبر العدة من وقت النكاح لا من وقت الدخول الذي
هو الوطء ولم يحك خلافا قال الحلواني هذه المسألة دليل على أن
الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد خلافا لما يقوله

البعض لأنه لا ينعقد إلا بالدخول وذكر شيخ الإسلام أن الفراش
لا ينعقد في الفاسد إلا بالدخول وتأويل هذه المسألة أن الدخول
كان عقيب النكاح بلا مهلة فكانت العدة فيهما سواء فلذا
قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب
أن يكون من وقت التفريق أيضا لا من وقت النكاح لأن العدة
للنسب وبعد الخلوة في الفاسد لو جاءت بولد يثبت نسبه
ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف وفي رواية عنه لا يثبت
ولا يجب المهر ولا العدة في قول زفر ذكرهما في الذخيرة وإن لم يخل
بها لا يلزم الولد وفي مجموع النوازل لا يتحقق الطلاق في النكاح
الفاسد بل هو متاركة فيه ولا يكون المتاركة أيضا حقيقة لعدم
مجيء كل واحد منهما إلى الآخر وإنما يتحقق المتاركة بالقول بأن يقول
تاركتك أو تاركتها أو خليت سبيلك أو خليتها وعلم غير المتارك
شرط لصحة المتاركة هو الصحيح وهي بالقول لا غير حتى لو تركها
ومضى على عدتها سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر ولقاضي خان
ذلك في المدخولة وفي غيرها تفرق بالأبدان ومتركها بأن لا يعود
إليها وعلمها في المتاركة ليس بشرط على الأصح كما في الصحيح وإنكار
النكاح إن كان بحضرتها فهو متاركة وإلا فلا هكذا عن أبي يوسف
ذكره في قسم المنية وفي الإشراف لا يكون الإنسان محصنا بالدخول
في النكاح الفاسد وقال أبو ثور يكون محصنا لأن عامة أحكامه
أحكام الصحيح والاعتبار للغالب قلنا هذا ممنوع إذ لا طلاق
فيه ولا ظهار ولا لعان ولا حل ولا مهر بالعقد وحده وغير ذلك
من الأحكام المختصة بالنكاح الصحيح وأجمعت الأمة على أنه لا يصير
محصنا إلا بالنكاح الصحيح حتى يصيبها وفي الفتاوى عدة الوفاة
لا تجب في النكاح الفاسد ولو وطئها بعد التفريق حد والله أعلم
نوع ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات عمها

والمراد باخواتها لابيها وامها او لابيها ولذا عماتها من اخوات ابيها
لابيه وامه او لابيه وبه قال الشافعي وابن حنبل وعامة اهل العلم ولا
يعتبر بامها وخالتها الا ان يكونا من قبيلة ابيها وقال ابن ابي ليلى
يعتبر بامها وخالتها ونسائها من قوم امها وفي المبسوط يعتبر
بعشيرتها كاخواتها وعماتها وبنات اعمامها وفي المرغيناني يعتبر
بمهر مثل عشيرتها من جهة ابيها كاخواتها لابيها وامها وفي البدائع
يعتبر مهرها بمهر مثل نسائها من اخواتها لابيها وامها او لابيها
وعماتها وبنات اعمامها ومثله في المحيط وقال وعماتها وبناتهن
فهو محمول على ما اذا كان اباؤهن من قبيلتها ولا ينظر الى مهر امها وخالتها
الا اذا كانتا من قبيلتها لان الواجب مهر المثل وهو قيمة البضع
وقيمة الشيء تعرف بقيمة جنسه والانسان من جنس ابيه ولهذا كان الخلفاء
خلفاء بني العباس مثلا اماء ولم يخرجوا بذلك من ان يكونوا من بني هاشم
والهاشمية لو ولدت من نبطي كان ولدها نبطيا ويعتبر في مهر
المثل يساوي المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين
والبلد والعصر والعفة وفي التنقيح يعتبر المماثلة في خمس عشرة
خصلة الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم والادب
والتقوى والعفة وكمال العقل وحداثة السن والبكارة وحال الزوج
والحال الزوج وان لا يكون لها ولد وفي المحيط والمرغيناني وغيرهما و
قيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف وانما يعتبر ذلك في اوساط
الناس اذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيت الشرف فان لم يوجد
في قرابتها وفي المحيط في بلدها من هي مثل حالها يعتبر بمهر مثلها
من الاجنبيات وفي خزانة الاكمل امرأة لا مثل لها في جمالها ومالها
قبيلتها ينظر الى قبيلة اخرى مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة لا يعتبر
بالاجنبيات وفي الجواهر لابن شاس يعتبر فيها اربع صفات الدين
والحسب والجمال والمال ومن شرط التساوي مع ذلك الازمنة والبلاد

وفي كتاب محمد يعتبر حالها ونسائها في زمانها والرغبة فيها وينظر في
الزوج وفي المغني لا يختص باقربائها عند مالك ويحتج ذو ود بقوله
صلى الله عليه وسلم لها مهر نسائها وهو قول الشافعي وابن حنبل
وانما اعتبرت هذه الاوصاف لان مهر المثل يختلف باختلافها لانها
مرغوب فيها ويزاد في المهر باعتبارها ويختلف باختلاف البلدان
والزمان والبكارة والثيوبة وليس مهر الثيب مثل مهر البكر ولا
يتحقق المماثلة بينهما مع اختلافها في تلك الصفات وفي المغني يعتبر
التساوي في السن والجمال والنسب والبلد والزمان والبكارة وغيرها و
وفي المنهاج يعتبر بمهر مثلها ما يرغب به في مثلها وركنه الاعظم
نسب فتراعي اقرب من تنسب الى من تنسب اليه وهو الاخت لابوين
ثم لاب ثم بنات اخ ثم عمات كذلك فان فقد نساء العصبة او لم ينكحن
او جهل مهورهن فارحام كجدات وخالات ويعتبر السن والعقل والبكارة
والثيوبة وفي الاشراف قال ابو بكر قال الشافعي ولها مهر
نسائها فانا اعني اخواتها وعماتها وبنات عمها وليس امها من نسائها
وفي مثل نسائها وعقلها وادبها وجمالها و بكرا كانت
او ثيبا وفي الينابيع لا يعتبر بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها
يريد بها من قبيلة ابيها وذلك مثل ان يتزوج رجل بابنة عمه فيلد له
بنتا فتزوجها رجل ولا يسمي لها مهرا فيدخل بها زوجها ثم يطلقها
او يموت عنها قبل الدخول او بعده او يطلقها بعد الخلوة الصحيحة
وامها في حسبها وجمالها ومالها فانه يحكم لها بمهر مثل مهر امها وهي
بنت عم ابيها او بمهر اخت امها وهي خالتها بنت عم ابيها والاصل فيه
حديث ابن مسعود لها مثل مهر نسائها لا وكس ولا شطط وهو صحيح
وقد تقدم قوله وان ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل
الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله وهو الدين فيصح بخلاف الصبي
فان الكفالة لا تصح لعدم الحجر عليه يأتي في كتاب الكفالة ولها الخيار

في مطالبة زوجها بذلك او وليها ولها ان تجمع بينهما في المطالبة والصداق
في الاستيفا كما في سائر الكفالات ويرجع الولي على الزوج اذا اداه
باذنه ولذا يصح هذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة او كبيرة
بكرًا مع ان الاب هو المطالب بالمهر بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير
وضمن الثمن له حيث لا يصح ضمانه والفرق ان الولي سفير
ومعبر في باب النكاح ولهذا وكيل الزوجة لا يجبر على تسليمها
ووكيل الزوج لا يطالب بالمهر وفي البيع عاقد مباشر اصيل في حقوقه
حتى يرجع عليه العهدة والحقوق ويجبر على تسليم المبيع والثمن ويصح ابرا
الوكيل بالبيع للمشتري من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمنه للموكل
ويملك قبضه بعد فلو صح ضمانه يصير ضامنا لنفسه ولا يجوز ذلك
وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لعجزها وبعد بلوغها اذا كانت
بكرًا لقيام اذنها دلالة حتى لا يصح قبضه مع نهيها وحقوق العقد
بالمباشرة لا يصح اذنها عنها وقوله الا ترى انه لا يملك الاب
قبضه بعد بلوغها يعني اذا كانت ثيبًا عنده او بكرًا ونهته عن قبضه
فلا يصير ضامنا لنفسه وفي الحواشي ويصح ابراؤه يعني ابرا الامر
المشتري من الثمن ولنا مراد صاحب الكتاب به المامور
لا الامر لوجهين احدهما انه استدل بصحة ابرا المامور الوكيل بالبيع
المشتري من الثمن عند تعلق الحقوق بالوكيل واصالته فيها
وابرا الامر ادل على ذلك والوجه الثاني ان صحة ابرا الامر للمشتري
من الثمن متفق عليها وهنا حكاها عن ابي حنيفة ومحمد ومذهبهما وخلافه
لابي يوسف مذكوران في اول كتاب الشهادات من الجامع وهي مسئلة
دوار في الكتب وفي الزيادات اذا باع ما له من ابنه الصغير او
اشترى له لنفسه فبلغ الصبي فتعلق العهدة والمطالبة بالثمن
بالصبي دون الاب وفي الوجيز لو باع عبده الغايب من ابنه الصغير
فبلغ الصبي فتعلق العهدة والمطالبة بالثمن بالصبي دون الاب وفي

الوجيز لو باع عبده الغايب من ابنه الصغير فبلغ الابن والقبض
اليه دون الاب ولو اشترى لابنه الصغير من اجنبي ثم بلغ الصبي
فقبض الثمن الى الاب دون الابن كالوكيل بالبيع يجعل الاب في حال
صغره بطريق النيابة لعجزه بنفسه لا بطريق العقد فيما بينهما وبيعه
وشراؤه من الاجنبي بطريق العقد لعدم النيابة في حق الحقوق
متعلقة بالاب المباشر للعقد بعد بلوغه وفي بيعه وشرائه من
ولده لا تتعلق العهدة والحقوق بالاب بعد بلوغه لزوال الضرورة
مع ان جواز عقده من ولده استحسان للحاجة فيحمل قول صاحب
الكتاب ويملك قبضه بعد بلوغه على ما اذا كان عقده مع اجنبي في
البيع والشرى وفي باب نكاح المحاجير من الجامع باع مال
ولده الصغير بشرط الخيار ثلثة ايام فبلغ في مدة الخيار توقف
على اجازة الابن وهو من حقوق العقد لانقطاع ولاية الاب ببلوغه
وهي بطريق النظر والنظر في ان لا يلزمه زوال ملكه بعد بلوغه الا بالتزامه
لانه بطريق البدلية وقد زال قبل حصول المقصود وعن ابي يوسف
رحمه الله يتم البيع بموت الاب والفرق انه بمنزلة انشا البيع
بعد بلوغه لان ملكه لم يزل قبل بلوغه وانما يزول بفعله ولهذا يثبت
الخيار له مؤبدا وفي رواية في مدة الخيار لان الاب كان نايبًا عنه وعن محمد في
قبض الثمن فان ذلك بانتقال الحق لزوم البيع وزوال ملك الابن وفي
شرح الجامع الحاسمي لا يجعل بمنزلة بيع مستدام بعد بلوغه يعني في
شرط الخيار حتى يتوقف على اجازة الابن والاب بمنزلة الوكيل لو باع
بشرط الخيار لنفسه ثم عزل او مات تحول الخيار الى الموكل كذا هنا
وذكر في التحرير ايضا وفي مختصر الجامع لصدر الدين الخلاطي بعزل
الوكيل يتحول الخيار الى الموكل وبموته يلزم وفي رواية تبقى الاب على
حاله ذكره في التحرير والله اعلم قوله وللمرأة ان تمنع نفسها
حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها وليس للزوج ان يمنعها

من السفر والخروج من منزل ابيها ومنزله وزيارة اهلها حتى يوفيها
المهر كله اى المعجل وفى ملتقى البحار المراد بالمهر المعجل وفى جواهر
الفقه لها ان تمنع نفسها لاستيفاء المعجل من مهرها وفى الولوالجى
اذا ذكر المعجل ولم يذكر المؤجل فلها ان تمنع نفسها بالعرف وفى الواقعات تزوجها
على مهر فاراد ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر كله ليس لها فى عرفنا لان
البعض معجل والبعض مؤجل فى عرفنا والمعروف كالمشروط وينظر
كم يكون المعجل لمثل هذه المراة وكم يكون المؤجل منه فيقضى بالعرف
الا ان يشترط تعجيل الكل فى العقد وفى مجموع النوازل يقضى لها بنصف
المهر معجلا او مسكوتا عنه وهو عرف اهل سمرقند انهم يعجلون
النصف والصحيح الاول وفى منبع المعانى التقييد بتعجيل المعجل
قول المتاخرين وفى الاسبيجابى ان كان المهر معجلا او مسكوتا
عنه فانه يعجل لان النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه
فى الزوجة فوجب ان يتعين حقها وذلك بالتسليم فكان لها ان
تمنع نفسها ما بقى لها على الزوج شىء منه وفى التحفة والعينى بعد
قبض المهر ليس لها ان تخرج من بيت الزوج الى سفر ولا الى
زيارة ابويها واهلها ولا الى قضاء حاجتها الا باذن زوجها وتخرج
لحجة الاسلام اذا وجدت محرما ولا تخرج لحج النفل الا باذنه والمحرم
هذا اذا كان نجا ولو ان بقى درهم من المهر وفى المبسوط للمولى ان
يمنع امته حتى يقبض المهر بكرة وعمم وفى المحيط وتخرج فى حوائجها
وزيارة اهلها وتسافر بغير اذنه حتى يوفيها جميع المهر وكذا فى
البدائع والذخيرة والمصفى والظاهر ان الاول وهو التقييد بالمعجل
من الصداق اختيار بعض المشايخ او يحمل القول فى العموم والتاكيد
فى كل المهر على المعجل من المهر وفى البدائع يسلم الزوج المهر اولا
عينا كان او دينا بخلاف البيع فى العين وفى المحيط ان كان المهر
عينا يتقابضان كما فى بيع المقايضة ولها ان تمنع نفسها وان بقى

درهم وتخرج فى حوائجها من مصر وليس للزوج ان يسترد منها ما قبضت
هذا اذا كان المهر معجلا او مسكوتا عنه وحكمه حكم المعجل ولذا
لا اجل المجهول فيه كالميسرة وهبوب الريح ومجىء المطر ولذا لو قال
تزوجتك على الف مؤجل اذ لم يثبت الاجل لكونها الفاحشة وقد
وقد تقدم هذا ولو كان المهر كله مؤجلا فليس لها ان تمنع نفسها وعند
ابو يوسف رحمه الله عليه وقال لها ان تمنع نفسها كما فى المبسوط وهو
قوله الاخير لان الاستمتاع بمقابلة تسليم المهر فمتى طلب تاجيل
المهر فقد رضى باسقاط حقه فى الاستمتاع بخلاف البيع فان
التاجيل والاسقاط فى الاعيان ممتنع ولان تسليم نفسها عليها
فى جميع العمر والمطالبة بالصداق تتاخر لها فى العمر وفى البيع وجب
تسليم المبيع بعينه وليس للبائع بحق المطالبة بالثمن فلهذا لو
اذا كان مؤجلا وللعام ان يسلم المهر اذا لم يكن واجبا على الزوج
كان منع نفسها عنه بغير حق فصار كتاجيل الثمن ولو كان بعض
المهر حالا وبعضه مؤجلا وحل الاجل فليس لها منع نفسها بالاجماع
اما على قولها فظاهر واما على قوله فلانه لما عجل البعض لم يرض
بتاخير حقه فى الاستمتاع ولو لم يدخل بها حتى حل الباقى
فكذلك لانها لم يكن لها حق حبس نفسها قبله وفى قاضيخان هذا
فى ظاهر الرواية وكذا الواحات كال وفى الذخيرة عن ابى يوسف
لها منع نفسها استحسانا كالمؤجل من الاصل عنده قال ابو يوسف
لو تزوجها بالف الى سنة فاراد الدخول بها قبل السنة فله ان
يعطيها شيئا فالقياس ان يبنى بها ولكن هذا فاحش ليس له ذلك
حتى ينقد المهر كله وليس هذا كالبيع ولو اشترط فى العقد الدخول
بها قبل النقد دخل بها وفى الولوالجى قال ابو يوسف رحمه الله عليه
القياس قول محمد فى المؤجل وفى الاستحسان ليس له مطالبتها بالتسليم
لان هذا امر فاحش لكنه استحسن والكل اذا كان مؤجلا

والدخول غير مشروط لا نصا ولا عرفا فلم يكن لها ان تمنع نفسها على قول ابي يوسف
استحسانا وفي الواقعات للاب ان يقبض مهر الصغيرة التي لا يستمتع
بها وليس له طلب نفقتها لان المهر بازاء الملك والنفقة بازاء الاحتباس
المنتفع به ولم يوجد ووجد الاول وفي التتارخانية قيل
ليس للاب مطالبة الزوج بمهر ابنته الصغيرة حتى تصير بحال يستمتع
بها كالنفقة وفي جوامع الفقه لو قبضت مهرها ثم ردته بالزيافة
او استحق ما اشترته من الزوج بالمهر لا تمنع نفسها بلا خلاف وفي
الذخيرة قال ابو يوسف لو وجدتها زيوفا او استحق قبل الدخول
فلها ان تمنع نفسها حتى تبدلها وبعد الدخول لا تمنع وكذا في المسئلة
على اصله وفي المغني لو زوج ابنته الصغيرة فسلمت ثم دخل بها
الزوج وطلبت مهرها فقال دفعته الى ابيك قبل ان تبلغي فصدقه الاب
لا يصح اقراره لانه لا يملك القبض في هذه الحالة فلا يملك الاقرار به
على القاعدة المعروفة ان من لا يملك الانشاء لا يملك الاقرار فلها اخذ
مهرها منه لا يرجع به الزوج على ابيها لتصديقه على القبض الصحيح
وفي الذخيرة في المنتقى لو كان المهر حالا فاحالته على غريم له بمهرها
فلها ان تمنع نفسها منه حتى تاخذ غريمها بمنزلة وكيلها ولو ان الزوج
احالها على غريم له على ان يؤديه من المهر ففي القياس له ان ياخذها
وفي الاستحسان لا يدخل بها حتى تاخذ مهرها وعن ابي حنيفة روايتان
روى الحسن بن زياد عنه ان له ان ياخذ قبل ذلك وروى الحسن
ابن ابي مالك عنه انه ليس له ذلك ولو باعها بالمهر متاعا فلها ان تمنع
نفسها حتى تاخذ المتاع ولو دخل برضاها ووطيها فلها ان
تمنع نفسها حتى تاخذ مهرها عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وبه قال
احمد بن حنبل رضي الله عنه في ذلك وذهب ابن حامد من الحنابلة الى
قول ابي حنيفة وعندهما ليس لها منع نفسها بعد الوطي برضاها
وفي الجواهر للزوجة منع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها

وان كان فيه بعضه مؤجل فان دفع النقد بني بها وليس لها حبس نفسها
بعد الوطي لحقوقها وبه قال مالك والشافعي وفي الاشراف لابن
المنذر قال كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان لها ان تمنع نفسها
حتى تاخذ مهرها وفي المنهاج لها حبس نفسها لتقبض مهرها المعين
والحال لا المؤجل فان حل الاجل قبل التسليم فلا حبس في الاصح ولو
قال كل واحد منهما لا اسلم حتى تسلم ففي قول يجبر هو وفي قول لا
اجبار ومن سلم اجبر صاحبه والاظهر يجبران فيؤمر بوضعه
عند عدل وتؤمر بالتمكين فاذا سلمت اعطاها العدل وفي المغني
يجبر الزوج على الصداق اولا لان في الزام تسليم نفسها خطر اتلاف
البضع والامتناع عن دفع الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف
تسليم المهر او لانه يمكن استرداده ولان العادة تاخير تسليم
المراة عن قبض الصداق والمعروف كالمشروط ولا تمنع في المؤجل
وان حل قبل تسليم نفسها فلو تلبث ولم يطاها منعت حتى تسلم وعندنا
الخلوة دخول فلها ان تمنع نفسها عند ابي حنيفة رحمه الله عليه خلافا
لهما كما في الوطي ولو سلم فامتنعت بغير عذر استرد ان قلنا يجبر
ذكره في المنهاج وفي المحيط لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب
صداقها وعند ابي يوسف وزفر يشترط وفي الذخيرة هذا قول
علمائنا الثلاثة وعند زفر وهو قول ابي يوسف الآخر يشترط
احضارها وفي المرغيناني لا يشترط الاحضار في حق الاب اذا
اراد قبض مهرها ولم يحك خلافا فيما اذا كان الدخول برضاها
حتى لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس
بالاتفاق وعلى هذا استحقاق النفقة وجواز المسافرة بها بغير
اذنه قال في الكتاب جوامع الفقه الا اذا خرجت خروجا فاحشا وفي
المحيط والذخيرة كان ابو القاسم الصفار يفتي بقول ابي حنيفة في منع
نفسها وبقولهما في عدم منع نفسها واستحسن ذلك بعض مشايخنا

لها ولمن قال بقولها ان المعقود عليه صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة
وبالخلوة الصحيحة ولهذا تأكد باحداهما كل المهر فلم يبق لها حق الحبس
كالبائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن وفي الذخيرة قال لي خلا لي فلان
املك من نفسي حتى اقبض مهري فالقول قولها ولا يقام الخلوة فيها
مقام الوطء وفي ملتقى البحار جعل الخلوة كالوطء على الخلاف ولانها
منعت ما قابل البدل لان كل وطء تصرف في البضع المحترم ذي الخطر
فلا يخلى عن العوض اظهارا للخطر والتأكد بالوطء الواحد لجهالة
ما وراءها اذ المجهول لا يزاحم المعلوم ثم اذا وجدت اخرى صارت
معلومة فتحقق المزاحمة حينئذ فيصير مقابلا بما بعدها ايضا كالعبد
اذا جنى جناية يدفع بها كله فاذا جنى اخرى واخرى يدفع بالكل
وكذا الكبر اذا قتل عمدا يقتل به فاذا قتل آخر يقتل بهما والله اعلم
قلت على تعليل ابي حنيفة اشكال وهو انه اذا قال وجدت
اخرى تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل ومفهوم هذا الكلام
ان قبل وجودها لا مقابلة فينبغي ان لا يكون لها منع نفسها قبلها
بعدما سلمت نفسها وتحققت المقابلة بالوطء الذي وجدت وهذا
لانها قبل حصول الشرك منع نفسها بالنظر الى الوطآت التي حصلت
برضاها لانها قد رضيت وسقط منعها نفسها في حق بعض المهر
الذي بازائها فكيف تمنع نفسها في حق بعض المهر الذي بازائها فكيف
تمنع نفسها حينئذ حتى تستوفي جميع مهرها بعد سقوط حقها في بعضه
ويحترز عن ذلك بانه لو وطئها مرارا وهي مكرهة او صبية او مجنونة
ثم زال ذلك فلها ان تمنع نفسها حتى تأخذ جميع المهر وان كان بعضه
بازاء ما تقدم من الوطآت واذا اوفاها مهرها نقلها حيث شاء لقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وهو قول الائمة الثلاثة واصحابهم
وفي المحيط والذخيرة كان ابو القاسم الصفار يفتي بقول ابي حنيفة
في السفر وبقولهما في منع نفسها يعني الدخول اذا لم يقبض مهرها

واستحسن بعض مشايخنا قولهما قلت هذا احداث قول
ثالث وهو خرق للاجماع غير جائز في الاصول على المختار ولئن سلم
الدليل لا القائل كالحكم بشهادة رجل وامرأتين في النكاح على الغائب
ذكر ذلك في كتاب السير من الجامع وقيل لا يخرجها الى غير بلدها الا برضاها
لان الغريب يؤذى اذا لم يكن فيها عشيرتها واهلها واختاره ابو الليث
وفي المحيط المختار لمشايخنا ان لا يخرجها من بلدها وجواز النقل
ظاهر الرواية ذكره المرغيناني وقال صاحب ملتقى البحار والفتوى
انه ما لم يتمكن من نقلها اذا اوفاها المعجل والمؤجل وكان مأمونا ولا
يتمكن منه اذا اوفاها المعجل دون المؤجل لانها لا ترضى بالتأجيل اذا
اخرجها الى بلاد الغربة لعلمها بان الغريب يؤذى انتهى كلامه وهو
احداث قول ثالث وفي قرى المصر القريب لا يتحقق الغربة والله تعالى اعلم
فروع كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا يجيز النكاح
في سنة المجاعة ويجيزه في عام الناس وفي الجواهر كان مالك واصحابه
يكرهون ان يكون شيئا من المهر مؤجلا وذكر ابن المواز عن ابن القاسم
التأخير الى السنة والسنتين لا الاربع وعن ابن وهب الى سنة وعنه لا
يفسخ النكاح الى ان يكون الاجل الى اكثر من عشرين سنة وعن ابن
القاسم يفسخ الى الاربعين فما فوقها وعنه انما يفسخ الى خمسين والى
ستين وقال عبد الملك وقد اخبرني اصبغ انه شهد ابن وهب اتى
فيه العشرين فما دونها وما جاوز ذلك مفسوخ فقال له ابن القاسم
وانا معك على هذا فاقام ابن وهب على رأيه ورجع ابن القاسم فقال لا افسخه
انا الى الاربعين وافسخه فيما فوق ذلك [illegible] فيه اخذ وهذه الاقوال
لا دليل عليها من كتاب ولا سنة ولا قول صحابي ولا قياس وفي خزانة
الاكمل وجوامع الفقه والمرغيناني لو تزوجها على حجة او على حجتين
فلها قيمة حجة وسط وهي الحج على الراحلة لان اعلاها العمرة وادناها
الحج ماشيا ذكرها في الزيادات وقال النخعي والاوزاعي والثوري وابو عبيد

لجواز اصدا والحج وقال مالك في الجواهر يجب فيه مهر المثل الا ان يكون معه
مال وقال الشافعي وابن حنبل التسمية فاسدة لان الحملان مجهول لا
يوقف على حقيقته قلنا هذا باطل فان الاجماع على جواز الاستئجار
على حمل الحاج وازوادهم الى مكة من جميع بلاد الاسلام واتخاذ الدولاب
للركوب والحمل الى كل مسافة معلومة الا ان الحج ليس بمال والحاصل بها ثواب
الحج فلا يصلح عوضا وصداقا فيجب قيمته وان لم يكن مالا كالاعتياض
عن القصاص والطلاق والله تعالى اعلم بالصواب فصل
في نكاح السمعة والريا في المحيط والمفيد والذخيرة عقد النكاح
في السر على الف ثم اظهراه في العلانية على ما سبق لم تلزم العلانية
لان نكاح السر قد تم ولزم فلا يتغير باظهارها بعده لان النكاح
الصحيح اللازم لا يتغير وفي المفيد اتفقا في السر على النكاح ريا
وسمعة ثم عقدا نكاحا صحيحا لا يتغير وفي المفيد اتفقا في السر
على النكاح ريا وسمعة ثم عقدا نكاحا صحيحا جاز النكاح لان
الهزل لا يبطله بخلاف البيع ولو جعلا السمعة في المهر فاتفقا في السر
على الف درهم واظهرا النكاح بالفين فالمهر ما تشارطا لان مهر العلانية
لانهما لم يقولا في السر نظهر النكاح بما سمينا ثم منهما سمعة فتكون
هذه المائة زيادة في المهر حتى لو قالا الالف منهما سمعة فالمهر مائة
لان الهزل يدخل في المهر دون النكاح وان اظهرا النكاح بمائة
دينار يجب فيه مهر المثل لاعراضهما عن المذكور في السر والمذكور
في العلانية لم يصح لدخول الهزل فيه فخلا عن التسمية وفي المحيط
لو اتفقا في السر على مائة دينار وتزوجها في العلانية يصير مسمى
فهو على ثلاثة اوجه ففي وجه وهو ما اذا تزوجها في العلانية
على ان المهر الف فينعقد بالمسمى في السر اذ مهر المثل ليس بمذكور في
العلانية فكان المذكور في السر مذكورا في العلانية وفي وجهين غير
الاول وهما ان يتزوجها في العلانية على ان لا يكون الدنانير مهرا او سكت

عن ذكر المهر فيجب مهر المثل ولذا لما سكتا ولم يبق المهر كان مهرا فيهما
لانه لما نفى الدنانير لم يكن المذكور في السر مهرا فيجب مهر المثل ولذا
لما سكت ولم يبق المهر كان مهر المثل مذكورا بمقتضى النكاح لان
البدل الاصلي فيه بخلاف الوجه الاول فان المهر فيه نفي فلم يكن مذكورا
لغة فبقي المذكور هو المهر المسمى في السر وفي الذخيرة ان تواضعا
على مهر في السر وعقدا في العلانية على اكثر منه من جنسه واشهدا
على ان المسمى في السر والزيادة سمعة او تصادقا على ذلك فالمهر
مهر السر فان ادعى الزوج المواضعة في السر على الف وانكرت
المراة ذلك فالمهر هو المسمى في العقد والقول قول المراة الا ان يقوم
البينة له وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله عليه ان الزوج
لو شهد على نفسه في السر ان المهر الذي يريد ان يتزوج عليها الف
ثم اشهد من الغد بالفين قال ابو حنيفة رحمه الله عليه المهر الفان
وقال ابو يوسف رحمه الله عليه اذا قال الشهود اشهدنا في السر
على الف وان الالفين سمعة فالمهر الف وهو خلاف ما حكي عن ابي
حنيفة في الاصل وان كان مهر العلانية من خلاف جنس مهر السر
ولم يتفقا على المواضعة فالمهر هو المسمى في العقد وان اتفقا على
المواضعة ينعقد النكاح بمهر المثل وفي كتاب الاكراه اتفق
الزوج والمراة في السر على ان المهر دنانير ويتزوجها في العلانية على
ان لا مهر لها كان مهرها الدنانير المتفق عليها في السر وهو احد
الوجوه الثلاثة وقد ذكرناها وان تعاقدا في السر على مهر ثم اقر في العلانية
باكثر منه فان اتفقا على ان الزيادة في العلانية سمعة فالمهر مهر
السر وان لم يشهدا بان الزيادة في العلانية سمعة فقد ذكر شمس الائمة
السرخسي على قول ابي حنيفة المهر مهر العلانية ويكون زيادة في المهر
وعلى قولهما مهر العلانية ويكون زيادة على الاول وان لم يكن من جنسه
غير ان ذلك اذا كان من خلاف جنسه يكون الكل زيادة على الاول وذكر

ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف في هذه الصورة ان المهر هو الاول
وانما يأخذ الزيادة بالدخول والخلوة او موت احدهما وذكر شيخ الاسلام
انهما اذا تعاقدا في السر بالف واظهرا في العلانية خلافه ثم قال
الزوج ما اقررت به في العلانية هزل وقالت لا بل جد فالقول قول المرأة
والمهر مهر العلانية الا ان يقيم الزوج البينة على دعواه وفي المحيط
ان عقدا في السر على مهر ثم عقدا في العلانية على مهر اكثر من الاول
فان اتفقا على هزل الثاني فالمهر مهر السر وان لم يتفقا على ذلك ولم
يقم به البينة فالمهر مهر العلانية قال ذلك الحاكم الجليل في مختصره
وفيه مسائل لسعة اقسام القسم الاول تواضعا في السر على اظهار
النكاح رياء وسمعة واظهراه بشرائط صح لانه لا يؤثر فيه الهزل
والقسم الثاني تواضعا عليه في السر ولم يظهراه بشروطه لم
يكن بينهما نكاح لان الاقرار اخبار فلا يصح مع الهزل بخلاف
انشاء النكاح به ومثله الاكراه فيهما والقسم الثالث ان يتواضعا
في السر على مهر ثم تعاقدا في العلانية على زيادة على مهر السر من
جنسه فعن ابي حنيفة روايتان في رواية المهر مهر العلانية بالزيادة
والمهر تابع للنكاح فلا يؤثر فيه الهزل وفي رواية عنه المهر هو
الاقل وهو مهر السر وهو قولهما وهو الاصح لاتفاقهما على الهزل
بالمهر وان كان مهر العلانية من جنس اخر وهو مائة دينار
ففيه روايتان في رواية لها مهر العلانية مائة دينار وفي رواية
مهر المثل وهو الاصح لان مهر السر لم يذكر في العلانية ولم يذكر
في العلانية لم يثبت للهزل وفي الطلاق والعتاق والصلح عن دم
العمد ان اشهدا انا في العلانية هزل فالبدل ما في السر وان لم
يشهدا فالبدل ما في العلانية وقيل ما في السر وهو الاصح لان
الزيادة لم تصح هنا لانها وجبت بعد هلاك المعقود عليه اذ ما
للزوج والمولى قد سقط بالطلاق والاعتاق وفي المغني تزوج

سرا على مهر ثم تزوجها علانية بمهر اخر اخذ بالمتقدم وهو قول
الاوزاعي وشريح والحسن والزهري والحكم وسعيد بن عبد العزيز
ومالك واسحاق والشافعي وعن الشعبي وابي قلابة وابن ابي ليلى والثوري
وظاهر قول ابن حنبل يؤخذ بالعلانية قوله ومن تزوج
امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول
قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول
قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف القول
قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل وفي البداية والوبري
وغيرهما الا ان يأتي بشيء مستنكر جدا وفي المستنكر قولان احدهما
ما لا يتعارف مهرا لها لانه مستنكر عرفا قال صاحب الكتاب وصاحب
البداية هو الصحيح وفي المحيط وقاضي خان هذا اصح وهذا القول
محكي عن ابي الحسن ذكره في البداية والقول الثاني ان يكون اقل من عشرة
دراهم وهذا التفسير مروي عن ابي يوسف لانه مستنكر شرعا
قال الوبري هذا اشبه بالصواب لانه ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات
قال الزوج تزوجتك على مائة درهم وقالت تزوجتني بالف وهو مهر مثلها
وشهدا للزوج وحكم به ثم رجع الشهود ضمنوا تسعمائة درهم للمرأة
مهر مثلها عندهما وعند ابي يوسف لا ضمان على الشهود لانه لو لا اشهادهم
كان القول قول الزوج مع يمينه ولم يجعل المائة مستنكرا مع ان مهر مثلها
الف وجعل القول قول الزوج ولم يوجب الضمان على الشهود وفي
قاضي خان في تفسير المستنكر عن ابي يوسف روايتان احداهما
ما دون العشرة والثانية ما لا يتزوج على مثله يدل على الثانية ما
قال في المتبايعين اذا اختلفا بعد هلاك السلعة او بعد ما زاد
زيادة متصلة ان القول قول المشتري حيث تعذر الفسخ الا ان
يأتي بشيء مستنكر فعلمنا انه اراد به هذا الا ما دون العشرة
وفي الوبري قال ابو حنيفة رحمه الله القول قول المرأة الى تمام مهر

مثلها والقول قول الزوج في انكار ما زاد على مهر المثل فان كان مهر
مثلها الفين او اكثر فالقول قولها مع يمينها بالله ما رضيت بالف
فان حلفت اخذت الالفين لاقرارها به وهو الذي اعترف الزوج به
وان كان مهر مثلها الفا او اقل اخذت ما قال الزوج مع يمينه بالله ما
تزوجتها بالفين هذا ان حلف وان نكل اعطاها الالفين لاقراره
بها قال ابن المنذر في هذه المسألة اقوال ثمانية لاهل العلم القول
الاول قول ابي حنيفة ومحمد كما ذكرته وهو قول الحسن والنخعي وكذا
رواية حكاها ذكره في المغني وبه قال احمد والقول الثاني قول ابي
يوسف كما تقدم والقول الثالث قول الزوج مع يمينه مطلقا وبه
قال الشعبي وابن ابي ليلى وابن شبرمة وابو ثور ورواية عن احمد
والقول الرابع لها مهر المثل وهو قول الثوري والشافعي وفي
المنهاج يتحالفان ثم يفسخ المهر ويجب مهر المثل وفي البسيط
لو كان ما تدعيه الزوجة اقل من مهر المثل رجع الى مهر المثل عند
الفسخ بالتحالف وقال ابن حزم من الشافعية ليس لها الا ما ادعت
قال وهو بعيد بل هو الحق لانها تنكر الزيادة وقد اعترفت
باسقاطها فكيف يقضى لها بما تنفيه وبما لا تكون حقا عندها
والقول الخامس القول قول المرأة الى الزوج الى ان يشاء اعطاها ما
تدعيه والا تحالفا وينفسخ النكاح قبل الدخول ولا شيء لها وبعد
الفسخ والقول قول النخعي لانه يعتبر المقولات عنده كقولها المبيع
والقول السادس ان كان مهرها عشرة الاف فالقول قولها في الالفين
اذا باشر فرجها به قال وهو قول العمر والقول السابع لها مهر وهو
قول بعض السلف لابي يوسف ان الزوجة تدعي زيادة والزوج ينكر
زيادة الزوج والقول قول المنكر مع يمينه كسائر الدعاوى ولان
الاصل براءة الذمة الا اذا كذبه الظاهر وهو كالمتبايع مع صاحب
اليد لان اليد دليل ظاهر لصاحبها ولان تقوم منافع البضع

ضروري فمتى امكن اعتباره حتى يصح التسمية لا يصار الى مهر المثل
وهو قيمة المنافع للبضع فصار كالخلع والعتق والصلح عن دم العمد على
مال وكان الحال قائم الحكم فيها الى مهر المثل ذكره في البدائع ولهما ان
القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر هنا يشهد
لمن يوافق قوله مهر المثل اذ هو الموجب الاصلي في باب النكاح وهذا
لان البضع في حال الدخول يتقوم ومنافعه بالعقد بالاستيفاء فصار كالصباغ
وصاحب الثوب اذا اختلفا في الاجرة يحكم الصبغ كذا هنا واذا لم يشهد
الصبغ لواحد منهما تحالفا ويبدأ بيمين صاحب الثوب فاذا حلفا يغرم
صاحب الثوب ما زاد الصبغ في ثوبه وفي البدائع ولان الزوج لا يرضى
بالزيادة على مهر المثل والمرأة لا ترضى بالنقص عنه
فكانت القيمة تقدير المهر وكان شاهدا لمن يشهد له مهر المثل
ولذا لو اختلفا بعد الفراق بعد الدخول او الخلوة الصحيحة او بعد
موت احدهما بخلاف الخلع والعتق والصلح عن دم العمد فانه يجوز
خلوها عن العوض ولان البضع غير متقوم عند الخروج ويرد على
محمد ان الزوج على احد العقدين فانه اوجب فيه الاوكس الذي هو الاقل
ولم يحكم مهر المثل فيه وهنا حكم فيه مهر المثل وابو حنيفة مر على
اصله في ان الموجب الاصلي مهر المثل ولذا مر ابو يوسف على اصله
في ان المسمى اصل ولا يصار الى مهر المثل الا عند عدمه عندهما ثم ذكر
هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قول الزوج في نصف المهر
وهو رواية الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قول ابي حنيفة
ومحمد لان المتعة بعد الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله فيحكم
المتعة بعد الطلاق قبل الدخول كمهر المثل وحمل ابو يوسف ابي وضع
المسألة في الاصل في الالف والالفين فلا فائدة في تحكيم المتعة لانها لا تبلغ
هذا القدر عادة ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها
تكون عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير سألت عن

ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل او على المتعارف بين الناس وهو
الثلث من عشرة وما تبة عاك وقد ذكر المسئلة قبل هذا بعللها وفي المحيط لان
نصف مهر المثل لا يكون في الطلاق قبل الدخول فلا يمكن التحكيم به والمتعة
لا تصلح حكما لقلتها ولو قال لزوجها على هذه الجارية وقالت على هذا العبد
حكمت المتعة الا ان يتراضيا ان تأخذ نصف الجارية والعبد وان كان المهر الفا
والآخر الفين في فصل واحد وهو ان مهر المثل اذا كان مثل قيمة الارفع او
اكثر فلها قيمته لا عينه لان تملك العين لا يكون الا بالتراضي ولم يتفقا عليه
فوجب القضاء بالقيمة وفي المفيد والمزيد الا في فصلين احدها ذلك
والآخر يحكم متعة المثل في الطلاق قبل الدخول الا نصف القيمة وفي الالف
والالفين يجب نصف الالف وفي قاضي خان في تحكيم المتعة وجه
رواية الجامع ان المتعة عند عدم المسمى بعد الطلاق كمهر المثل ووجه
هذه الرواية ورواية الاصل ان البضع عاد اليها سالما ومقتضاه ان
لا يجب شيء ووجوب نصف المسمى انما عرف نصا بخلاف القياس فيعمل
بالقياس عند عدم النص السالم عن معارضته وقيل اختلاف الوضع
كما تقدم ثم قال الكرخي في الفصول الثلثة اذا كان مهر مثلها الفين او
اكثر فالقول قولها وفيما اذا كان الفا او اقل فالقول قوله وفيما اذا
كان الفا وخمسمائة قال في المبسوط وهو الاصح وقال في المحيط هو الصحيح
لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك انما يكون بعد التحالف
فان بايمان كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا
بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا انه لابد من التحالف في
الابتداء واصل النكاح وان كان لا يحتمل الفسخ فالتحالف في التسمية كما
في الابتداء فيقدم التحالف لنفي التسمية ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك هذا
تعليل صاحب المبسوط وفي المحيط لان مهر المثل لا معتبر به مع وجود
التسمية فلا تسقط اعتبارها الا بالتحالف لان الظاهر لا يكون حجة
على الغير وفي البدائع ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط التسمية وذلك

بالتحالف

بالتحالف وقال ابو بكر الرازي لا يتحالفان الا في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد
مهر المثل لاحدهما بان كان الفا وخمسمائة واختاره الجصاص وقال في البدائع
وقاضي خان هو الصحيح لان الحاجة الى التحالف عند ما لم يشهد له الظاهر
وفي قاضي خان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل هنا بل لمعرفة من يشهد
له الظاهر والاصل في الدعاوى ان يكون القول لمن يشهد له الظاهر
مع يمينه فلا حاجة الى التحالف وفي المفيد الملو الرازي قول الكرخي وقال
القول قوله مع يمينه بدون حلف الآخر وهو المذكور في الجامع الصغير وان
التحالف مما يصار اليه اذا لم يكن لاحدهما الحق بالقبول ولهذا كان القول
في البيع لمن يدعي البتات دون مدعي خيار الشرط لشهادة الاصل واذا
نكل الزوج عن اليمين لزمه الالفان تسمية لان قريبا ادعته الزوجة
اعني بدل الكمين يحكم عليه دفع الدراهم ولا تخيير بينها وبين دفع الدنانير
كما هو الحكم في مهر المثل وان حلف فلها الالف تسمية كما يدعي وان
اقام بينة قبلت بينته وان اقاما البينة قبلت على الالفين تسمية وان
حلف فلها الالفان الف تسمية والف تحكيم مهر المثل ويخير الزوج في الالف
الذي يأخذه بحكم مهر المثل بين دفع الدراهم او الدنانير والتخيير في
الالف الاول لانه وجب لها تسمية على التسمية والآخر تحكيم مهر المثل لا
باليمين لانها تنفي الخطر الذي يدعيه الزوج والوجوب بحكم مهر المثل
فان اقامت البينة قضي لها بالفين تسمية وان اقام قضي بالف تسمية
وان اقاما قضي ببينة الزوج وهو الاصح ذكره في المفيد وفي قاضي خان
وهو الصحيح اذا كان مهر مثلها الفين وفي الكتاب لم يجعل خلافا
اصل الوجوب بحكم مهر المثل وفي البدائع اختلف المشايخ فيه قيل بينتها
اولى لانها تثبت الزيادة العلم بكون الظاهر بخلاف دعواها وان كان بخلاف ظاهر
بشهادة مهر المثل لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير الا ترى انه
لا يقضي به بدون اليمين او البينة وتصادقهما محتجين نفسه فكانت
بينتها هي المظهرة او اكثر اثباتا فكان القضاء بها اولى وقيل بينته

اولى لانها مثبت حط الالف الذي شهد به مهر المثل وبينتها انما تفيد التعيين
قلت وسقوط اليمين فكانت بينته اكثر ايجابا وصاحب البدائع وفي
الذخيرة قال محمد المهر الف ولم يذكر مهر المثل وذكر في المنتقى بعد
بورقة ما يشبه خلافه قال هشام سالت محمدا عن امراة ادعت انه
تزوجها بالكوفة منذ سنة على الفين واقامت بينة واقام الزوج بينة انه تزوجها
بالبصرة منذ سنتين قال البينة بينة المراة قلت وان كان
معها ولد لاكثر من سنتين قال وان كان معها ولد وفي البدائع وبينة اليمين
الزوج لوجهين احدهما انه اشد اثباتا لانه ينكر قبل تسليم نفسها
وبعده والمراة لا تنكر منها بعد التسليم والوجه الاخر انه اسبق
انكارا من المراة لانها تقبض المهر اولا وهو منكر ثم تسلم نفسها فهي
تنكر استحقاق تسليم نفسها بعد قبض الالف حتى تقبض الالف الاخر
فالزوج منكر عند مطالبتها قبل مطالبته بتسليم نفسها قال
ولا ينفسخ النكاح بعد التحالف خلافا لابن ابي ليلى وعندهما الكسداسهم
المراة كالبايع على المشهور واحترز به عن قول الكرخي انه يبقى نكاحا
بلا تسمية بالتحالف فيكون موجبه مهر المثل لا يستقيم لانه لو كان كذلك
يخير الزوج بين دفع الدراهم والدنانير كما هو الحكم في مهر المثل وقد
ذكر انه يجب عليه دراهم من غير تخيير ويجبر عليها وحكي عن القاضي
من ائمتنا بلخ ان اليمين لا تشرع في الاحوال كلها لانها دعوى النكاح
ذكره في المغني وفي البسيط يتحالفان كما تقدم ومن الشافعية من
قال القول قوله مع يمينه لان الاصل عدم التحالف واستبعد وان
كان مهر مثلها الفا وخمسمائة لم يقبل قول واحد منهما وتحالفا الزوج
لنفي الزيادة والمراة لنفي الحط وللقاضي ان يبدأ بالحلف بايهما شاء والمستحب
القرعة فان وقعت على الزوج فنكل قضي عليه بالالفين تسمية لانه
اقر بما ادعته وان حلف تحولت اليمين اليها فان نكلت قضي لها بالالف
تسمية وان حلفت قضي بالالف وخمسمائة وهو مهر مثلها لكن الالف تسمية

بلا خيار لاتفاقهما عليه وخمسمائة بتحكيم مهر المثل وبتخيير الزوج فيها وانهما
اقاما البينة قبلت لانه نور دعواه بها وان اقاما فالصحيح انهما يتهاتران
لعدم الاولوية ويجب حينئذ تحكيم مهر المثل وبتخيير الزوج فيه على ما ذكرنا
بخلاف التحالف لان يمين كل واحد منهما ينفي التسمية التي يدعيها صاحبه
فخلا العقد عن التسمية فوجب مهر المثل وليس كذلك التحالف اذ وجوب
الالف مع الحلف بحكم الاتفاق وفي البينة بخلافه هكذا في المفيد والمزيد
وفي البدايع لا يتهاتران الالف كالتحالف وان اختلفا في اصل المسمى حال
الحياة يجب مهر المثل بالاتفاق اما عندهما فظاهر لانه الاصل واما عند
ابي يوسف فلان القضاء به متعذر لوقوع الشك في وجوب الاقل بخلاف
الاول لانه يمكن القضاء فيه بالمتيقن وهو الاقل الذي لا يكون مستنكرا ولا
اقل هنا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فهو كالاختلاف في حياتهما
وفي قاضي خان ان حلفا قضي بالف وخمسمائة ولذا ان اقاما التهاتر
قال هكذا ذكره بعض المتاخرين في شروحهم ونص محمد في الاصل على ان البينة
بينة المراة ويقضى عليه بالفين وفي الوبري ان كان مهر مثلها بين الالف
والالفين فالقول قولها الى تمام مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر
مثلها ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وكذا لو اختلفا بعد
الفرقة بعد الدخول او الخلوة الصحيحة او بعد موت احدهما ولو كان
الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة
ولا يستثنى المستنكر وفي الوبري اذا اختلف ورثتهما في المقدار يقضى
بقول ورثة الزوج عند ابي حنيفة قل او كثر لانهم لم يقروا بشيء لا يقضى
لهم عنده بشيء فاذا اقروا بشيء قضي به ومثله في جوامع الفقه على ما ياتي
عن قريب وهما مر على ما تقدم لهما وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة
القول قول المنكر منهما فالحاصل انه لا يحكم بمهر المثل عنده بعد موتهما
واذا مات الزوجان معا وقد سمى لها مهرا فلورثتها من تركة الزوج وان
لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وعندهما لهم المسمى في الاول

ومهر المثل في الثاني قال ابو حنيفة استحسن ترك القضاء بشيء في تركة
الزوج حتى تقوم البينة على التسمية او على اقرار الزوج بها او على اقرار
ورثته بها بعد موته وعندهما يقضي بمهر المثل اذا ظهر النكاح
الا اذا قامت البينة على نفي المهر او على اقرارها به او على اقرار ورثتها
به وفي المحيط لا يقضي بمهر المثل دخل بها او لم يدخل الا اذا قامت
البينة على المهر هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يقضي بما ادعته
ورثة الزوج لقيامهم مقام مورثهم وعند محمد يقضي بمهر المثل بحال
الحياة عنده وعند زفر بعد موته قيل هذا اذا تقادم موتهما اما اذا لم
يتقادم يجب مهر المثل لمشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان
سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل
بل يقال لها لا بد ان تقري بما تعجلت والا قضينا عليك بالمتعارف في
المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرناه وفي البدائع ابو حنيفة يقول الظاهر
الاستيفاء او الابراء هو العادة بين الناس فلا يثبت
الا بالبينة او اقرار ورثته قلت ـــــ يبطل هذا التعليل بالمسمى
وباقرار الورثة ان لو لم توفها شيئا ولم يسم ولان القضاء بعد موتهما
وتقادم الزمن متعذر لا يعلم حالها ومهر المثل يقدر بحالها وبحال
نساء عشيرتها وموتها يدل على موت نساء عشيرتها وموت نساء
زمانها ظاهر فلا يمكن التقدير قال صاحب البدائع وقوله في المسئلة
مشكل وفي قاضي خان ولان الصحابة اختلفوا في سقوطه بموت احدهما
فكان اجماعا منهم على سقوطه بموتهما ولانه لو سمع الدعوى في ذلك لسمع
من وارث وارث من مات في العصر الاول اذا كان نكاحهما ظاهرا مشهورا
في زماننا وبهذا احتج ابو حنيفة فقال ارايت لو ادعت ورثة ام كلثوم
بنت علي مهر المثل على ورثة عمر اكنت اسمع البينة في ذلك وفي الولوالجي
قال ابو حنيفة ولان القضاء به يودي الى استيفاء مهر المثل مرارا لان
النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة فيقضي بمهر المثل لهم بالى قوم آخرين

فيدعون لذلك فيقضي لهم بمهر المثل ثم وثم فيتسلسل الى آخر الدهر وفي المبسوط
المستحق بالنكاح ثلثة اشياء المهر المسمى وهو اقواها والمتعة وهي
اضعفها ومهر المثل وهو المتوسط فالمسمى لقوته لا يسقط بموت احدهما
ولا بموتهما وبموت احدهما ومهر المثل يتردد بين الاقوى والاضعف فلهذا
لم يوجب بعض الصحابة بعد موت احد الزوجين ولم يسقط المسمى
احد من الصحابة ولا من غيرهم فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت احدهما
وقيل اذا لم يتقادم العهد بموتهما يقضي بمهر المثل عنده ايضا والله اعلم
وقوله ـــــ بمهر من يقدر القاضي مهر المثل هذا اشير الى تقادم
العهد ومرور الزمان الطويل حتى لو لم يتقادم العهد يقضي بمهر مثلها
عنده ايضا والتعليل الذي قبل يدل على سقوط مهر المثل بموتهما
تقادم او لا لضعفه وفي المنهاج اختلفا في قدر المهر او في صفته
تحالفا وفسخ المهر ووجب مهر المثل وكذا لو انكر التسمية على الاصح
وكذا لو اختلف ورثتهما او وارث احدهما مع الاخر وفي المغني لو قال
لم يكن لها صداق فالقول قولها قبل الدخول وبعده بما ادعت مهر
المثل وبه قال ابن جبير وابن شبرمة وابن ابي ليلى وابن حنبل وابن
راهويه وهو قول الشعبي والثوري والشافعي وحكي عن فقهاء المدينة
السبعة ان بعد الزفاف القول قوله والدخول يقطع الصداق وبه
قال مالك قال اصحابه كانت العادة بالمدينة تعجيل الصداق وفي الجواهر
لو اختلفا بعد زوال العصمة بطلاق او فسخ او موت فالقول قول الزوج
مع يمينه ولو ادعت التسمية وانكر فالقول قوله الا ان يكون العادة خلافه
قوله انتهى كلامه وفي الجامع تزوجها على عبد فمات في يده واختلفا في قيمته
او على ثوب واختلفا في ذرعانه او في قيمة الذرعان او على ابريق
فضة واختلفا في وزنه فالقول قول الزوج مع يمينه لان الاختلاف في الوصف
والفرق بين الثوب والابريق فهذا هو الوصف لان الوصف هو الذي
يحل بالمحل ويتغير به حالها وهذا لا يتحالفان فيه في البيع وفي كيل

كيل الصبر ووزن الفضة والمائة السود والمائة البيض او قالت تزوجتني
على عبدك الابيض هذا فقال بل عبدك الاسود هذا فالقول قولها الى مهر المثل
لانه اصل وكذا وصف الدين دليله التحالف في المسلم فيه وفي العبدين
يتحالفان ويجعلها لانهما يحكم مهر المثل فيكون القول قولها مع يمينها الى
مهر المثل ولو تزوجها على جنس بعينه فضاع ثم اختلفا في الجودة والكيل
ففي الكيل القول قولها مع يمينها الى مهر المثل وفي الجودة القول قوله مع يمينه
وفي المحيط لو كان المهر دينا فاختلفا في جنسه او صفته او نوعه فهو
كالاختلاف في اصله ولو اختلفا في الوصف والقدر فالقول قول الزوج
في الوصف وفي القدر قولها الى تمام مهر المثل قوله ومن بعث
الى امرأته شيئا فقالت هو هدية او هبة وقال الزوج هو من مهرك فالقول
قوله قال الا في الطعام الذي يوكل كالخبز المشوي والدجاج المشوية
والحلوا والخبيص والخبز واللحم وسائر الاطعمة والفواكه الرطبة
والاثمار فالقول قولها ذكره المرغيناني وفي قاضي خان وفي المجتبى الا الاكل
ومن المدخر فالقياس كما تقدم وفي الاستحسان القول قولها فيه وفي الشاه
الحية والحنطة والدقيق واللوز والسمن والعسل والمربيات فالقول قول
الزوج انه من المهر وقال ابو القاسم الصفار ان كان متاعا لا يجب على
الزوج فالقول قول الزوج وان كان يجب عليه كالخمار والمدرع ومتاع الليل
فليس له ان يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والخف والملاءة لا يجب عليه
لانه ليس عليه ان يهيئ لها امر الخروج وفي المرغيناني عليه خفاها لمنعه
خروجها وقال ابو الليث الذي قاله ابو القاسم حسن فيه نقول وفي
المنية دفع اليها مالا فقالت كان من مهري وقال الزوج كان وديعة
عندك ان كان المدفوع من جنس مهرها فالقول قولها وان كان من
خلاف جنسه فالقول قول الزوج وفي الاسرار بعث اليها بثوب فقال
هو من الكسوة وقالت الزوجة بل هو هبة فالقول قول الزوج مع يمينه
وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال ابو بكر وبه اقول في المغني

دفع اليها الفا فقال هو من صداقك وقالت ذلك منك هبة فان كان اختلافهما
في نيته بان قالت قصدت به الهبة وقال نويت به الصداق فالقول قول
الزوج بغير يمين لانه اعلم بما نوى ولا اطلاع لها على نيته وان اختلفا في لفظه
فقال قلت خذيه من مهرك وقالت قلت هو هبة مني لك او هدية فالقول
قول الزوج لكن مع يمينه فان كان من خلاف جنس صداقها فلها ان ترده
وتطلب صداقها وروي عن مالك انه قال ان كان ذلك مما جرت العادة
بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها والا فقوله ولنا في المسألة
ان التمليك يستفاد من الزوج ولا يعرف الا من جهته فكان القول قوله
كما لو اودعتك هذه العين فقالت بل وهبتها لي ولان الظاهر شاهد
له اذ المهر واجب عليه والهدية والهبة تبرع والظاهر من حال
المسلم السعي في براءة ذمته وتقديمها للواجب على التبرع ويدل عليه ان
المشتري شراء فاسدا لو قبض المبيع ووهب من البائع يجعل عن الواجب مطلب
الذي هو رده بحكم الفساد ولا يجعل هبة مع انها وهبة علمها لما ذكرنا كذا
هنا وقوله ليس له ان يحسبه بضم السين يقال حسبه اي عددته عليه
حسابا بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل وفي القنية بعث الى
امرأته متاعا او بعث ابو المرأة اليه متاعا ثم ادعى الزوج انه كان من الصداق
فالقول قوله مع يمينه فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترده وترجع بمهرها
وان كان هالكا لا ترجع بالمهر وما بعث اليه ابوها ان كان هالكا
لم يكن على الزوج شيء وان كان قائما وقد بعثه من مال نفسه يرجع ومن مال
الزوجة برضاها لا يرجع لان الزوجة لا ترجع فيما وهبت لزوجها بعث
اليها هدايا وعوضته ثم زفت اليه فارقها وادعى ان ذلك كان عارية فالقول
قوله فاذا استرده فلها ان تسترد ما عوضته عن ذلك قيل لا ترجع كل
واحد بما فرق على الناس من ذلك لان صاحبه صرحا او دلالة والمراد
بالماكول اقامة الاطعمة والفواكه الرطبة وكذا في الواقعات اشترى
امتعة بعد الدخول بها بامرها فقال الزوج ذلك من المهر وقالت

هدية فقوله المعتبر الا في الماكول كاللحم والخبز وفي الذخيرة جهز بنته
وزوجها ثم زعم ان الذي دفعه اليها ماله وكان على وجه العارية
عندها فقالت هو ملكي وجهزتني به او قال الزوج ذلك بعد موتها فالقول
قولها دون الاب لان الظاهر شاهد لها لان العادة دفع ذلك اليها
بطريق الملك وحكي عن ركن الاسلام ابي الحسن علي السعدي ان القول قول
الاب لان ذلك يستفاد من جهته على ما مر وبه اخذ بعض المشايخ وهكذا ذكر
السرخسي في شرح السير في باب الوصية بالمال فقال العارية تبرع والهبة
تبرع والاولى ادناهما قال الصدر الشهيد في واقعاته المختار للفتوى
ان كان العرف ظاهرا في الجهاز بمثل ذلك كما في ديارنا فالقول قول الزوج
وان كان مشتركا فالقول قول الاب وفي الذخيرة والواقعات وهبت
مهرها من زوجها وماتت بعد مدة فطلبت ورثتها مهرها من زوجها
وقالوا كانت هبتها في مرض موتها ولم يصح وقال الزوج كانت في صحتها وقد
صحت فالقول قول الزوج وقيل كان ينبغي ان يكون القول قول ورثتها لان
المهر واجبا في ذمة الزوج في حال المرض وقالت الورثة كان في حال
الصحة فالقول قولها وترثه ذكره في الوجيز في كتاب الشفعة
ان كان واجبا على حقا للزوجة ولم يكن لورثتها حق في ذلك الوقت
فوقع الشك في ثبوت حقوقهم فلا يثبت بالشك وهم يدعون الاستحقاق لانفسهم
والزوج ينكر فلم يتحقق استحقاقهم للتعارض وكان القول قول الزوج
مع هذا الوجه وفي الواقعات قال ناصر الدين فيه نظر فصــل
قولــه واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك
في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس
لها مهر وكذا الحربيان في دار الحرب هذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في
في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها
وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وهو قول الشافعي واحمد
وعنهما نصف مهر المثل وفي المغني لو تزوجها على خمر او خنزير

ثم اسلما فلا شي لها غيره وقيل القبض يجب لها مهر المثل بعد الدخول
وقيل يجب نصفه وبه قال الشافعي على ما ياتي بيانه وان تزوج ذمي
ذمية على ان لا مهر لها او سكت يجب لها مهر المثل وهو قول الشافعي
وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا لزفر عموم الخطاب والنكاح
لم يشرع الا مبتغيا بالمال ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام
وولاية الاسلام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة فان احكام
الاسلام جارية عليهم من استحقاق النفقة في النكاح وعدته والتوارث
بالنكاح الصحيح وثبوت خيار البلوغ ونكاح المحارم ونكاح
المطلقة ثلاثا غير صحيح كالمسلمين لكن لا نتعرض لهم قبل الاسلام
او المرافعة والتزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا والزنا
وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا
يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات
ولهذا لا نمنعهم من شرب الخمر واكل لحم الخنزير وولاية الالزام
بالسيف والمحاجة وكل ذلك غير مفيد اما بالسيف فانه موضوع
عنهم والمحاجة لا تفيد لانا امرنا بتركهم وما يدينون والزام الحرمة
على قول الشافعي كمتروك التسمية عليه عمدا فانا نبطله بالحجة
ولان تسمية المهر عند العقد من حقوق الله تعالى بدليل ان المهر
لا يسقط بتراضيهما على اسقاطه والذمي غير مخاطب بحقوق
الله تعالى ونرد عليهما تزوج الذمي بغير شهود ولا اعلان فانه يصح
عند الثلثة فلو اعتبرناه بالمسلم لم يصح ولا يعتبر بالقلة
بينهم ذكره في جوامع الفقه بخلاف الربا فانه محرم في الاديان كلها
والزنا مستثنى عن عقودهم للكرخي وقولــه في الكتاب
او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت عنه وقيل في المبسوط
والسكوت عنه روايتان عنه والاصح ان الكل على الخلاف وفي الجامع
الصغير التمرتاشي على الاختلاف فانه يرجع فيه الى دينهم فان تحاكموا

لا يجب لا ما لنص عليه كان على الخلاف واذا دانوا انه يجب لا ان ينفي فانه لا يجب
لا اتفاق عند السكوت وهذا لفصل لا الخلاف رواية وفي المنية
والدم ذكر في الاصل ان لها مهر المثل وقيل هو قولهما فانه كان يقول الكل
فعنه فيهما روايتان وجه ما ذكر في الاصل انها لم ترض بغير
بدل ووجه ما ذكر هنا انها لما رضيت بالنسب الى الولي فقد رضيت
فقد رضيت بغير بدل ولانه لو وجب فلا يخلو اما ان يجب حقا
لها او للشرع لا وجه للاول لرضاها بغير بدل ولا الى الثاني لانه
غير مخاطب بحقوق الشرع فليذكر هذا فصل لان الائمة الاربعة في خطاب
الكفار بفروع الشريعة المطهرة ففي مختصر البزدوي الكافر
اهل لاحكام لا يراد بها وجه الله تعالى وليس اهلا لوجوب الشرائع
والخطاب موضوع عنه عندنا ويكون مرادا لا ان اجماعا ان اهل الاداء
ويعاقب على تركه وفي كفاية الفحول في علم الاصول الكلام في خطاب
الكفار في موضعين احدهما في جواز خطابهم عقلا والثاني في
وقوعه شرعا اما الاول فقد اجازه قوم ومنعه اخرون وفي
اصول الفقه لابي الحسن البسوي قال ابو حنيفة وعامة اصحابه ان الخطاب
بالحرمات ولم توجب العقوبات يتناول الكفار وخطاب العبادات
لا يتناولهم والخلاف في تناول الامر بالايمان وفي اصول الفقه لشمس
الائمة السرخسي الكفار مخاطبون بالايمان والمشروع من العقوبات
فيما اعتقدوا حرمته ولهذا يقام عليهم الحدود ويحدون حد القذف
بطريق الجزاء والزجر عن الاقدام على اسبابها ولا يحدون بحد شرب
الخمر والسكر لعدم اعتقادهم حرمته وكذا يتناولهم الخطاب
بالمعاملات كالبيع والشراء لوجود التزامهم فان الخلاف في الخطاب
بالشرائع يتناولهم في حكم المواخذة في الاخرة لا ان موجب الامر اعتقاد
لزوم المامور به وهم منكرون للزوم اعتقادا وذلك كفر منهم
بمنزلة انكار التوحيد فان صحة التصديق والاقرار بالتوحيد الا ان

بفصل مذاهب الائمة الاربعة في خطاب الكفار بفروع الشريعة

مع انكار شيء من الشرائع ولهذا قال محمد في السير الكبير من انكر شيئا من الشرائع
فقد ابطل قول لا اله الا الله واذا ثبت ان جحود الشرائع كفر منه ظهر انه
معاقب عليه في الاخرة كما هو معاقب على اصل الكفر وهو المعنى بقوله
تعالى وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكوة اي يجحدونها وقال الله تعالى
فان تابوا واقاموا الصلوة واتوا الزكوة اي التزموها واعتقدوا
وجوبها وقوله صلى الله عليه وسلم نهيت عن قتل المصلين اي المؤمنين وكذا
قوله تعالى حكاية عن قول الكفار ما سلككم في سقر قالوا لم نك من
المصلين اي من المسلمين المعتقدين وجوب الصلوة وهذا معنى قولنا
ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة في الاخرة واما وجوب
الاداء في احكام الدنيا فمذهب العراقيين من مشايخنا ان الخطاب
يتناولهم وهكذا ذكر صاحب الميزان زعمهم وقد مال بعض مشايخ
سمرقند لا يتناولهم اصلا في حق الحرمات ولا في حق العبادات
الا ما قام دليل شرعي عليه نصا واستثنينا عقود اهل الذمة من
حرمة الزنا ووجوب الحدود والقصاص وقال بعض اهل التحقيق منهم
انهم مخاطبون بالحرمات والمعاملات دون العبادات وفائدة
الخلاف لا تظهر في احكام الدنيا وهكذا ذكر صاحب المحصول فانهم لو
اسلموا لم يؤمروا بقضاء الفوائت ولان ما تقدم منهم مغفور بالاسلام
بالنص ولا تجب عليهم الحدود وانما تظهر في احكام الاخرة فعندهم يعا قبون
على ترك العبادات وعندنا لا يعاقبون الا على مباشرة المحظورات
عند بعض مشايخنا وعند بعضهم يعاقبون والمختار عدم الخطاب
هكذا ذكر صاحب الميزان وهو علاء الدين العالم السمرقندي وفي
اصول الفقه للسرخسي ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء
ما يحتمل السقوط من العبادات وجواب هذه المسئلة غير محفوظ عن
المتقدمين من اصحابنا ولكن مسائلهم تدل على ذلك فان المرتد اذا
اسلم لا يلزمه قضاء الصلوات التي تركها في الردة عندنا وعند

يلزمه ومنهم من استدل بمن صلى في اول الوقت ثم ارتد ثم اسلم في اخر الوقت
فانه يجب عليه الصلوة التي صلاها في اول الوقت عندنا وعندهم لا تجب
لان الخطاب بالاداء مستمر عنده فكان المودى معتدا به عنده وعندنا
انقطع الخطاب بالردة وحبط ما فعله فيجب ابتداء لادراك الوقت
ومنهم من قال هذه المسئلة مفرعة على اصل اخر وهو ان الشرايع من نفس
الايمان عنده وهم مخاطبون بالايمان والشرايع منه وعندنا ليست
منه ولا هي داخلة في مسماه الايمان واقوى الوجوه ما ذكر في المبسوط
وهو ان من نذر ان يصوم شهرا ثم ارتد ثم اسلم فليس عليه شيء من المنذور
عندنا لان الردة تبطل كل عبادة ولم يرد به المودى لانه لم يود شيئا
من المنذور فعلم ان مرادهم بذلك ابطال الردة وجوب كل عبادة
فكان كالنص على انه لا يجب على الكافر عبادة تحتملها وهم وان
الوجوب ثمرته الثواب على الفعل والعقاب على الترك والكافر ليس
من اهل الثواب بخلاف خطاب الايمان فانه سبب لنيل الثواب الجزيل ويجب
ما قبله من الكفر والمعاصي وفي المحصول قال الاكثرون منا ومن المعتزلة
الامر بفروع الشرايع لا يتوقف على الايمان وقال الجمهور من اصحاب
ابي حنيفة انه يتوقف عليه وهو قول ابي حامد الاسفرايني من الشافعية
ومن الناس من قال انهم مخاطبون بالنهي دون الامر واجمعوا على انهم يعاقبون
على الكفر وعلى ترك الايمان بالله والرسول ونقل القاضي عبد الوهاب
المالكي في الملخص والقاضي ابو يعلى في العدة عن احمد بن حنبل ان الامر
بالفروع لا يتوقف على الايمان قال القرافي في شرح المحصول وهو مذهب
جمهور المالكية والشافعية والحنابلة وهذا المذهب ذكره الجصاص وصاحب
المعتمد ونصراه وبه قال الكرخي ذكره البستي في اصوله وقال امام الحرمين في البرهان
الخلاف في جوازه عقلا وفي وقوعه بعد جوازه قال والمختار مخاطب بالصلوة
وعن ابي هاشم انه غير مخاطب بانشاء فرع على الصحة في حال الكفر وقال
المازري الصحيح ان المسئلة اجتهادية لا نظرية تعلقوا بقوله تعالى يا ايها

الناس اعبدوا ربكم والناس عام في المومن والكافر وكذا العبادة عامة وبقوله
تعالى حكاية عن الكفار ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين
ولم نك نطعم المسكين وكنا نخوض مع الخائضين وكنا نكذب بيوم الدين
وبقوله تعالى والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم
الله الا بالحق ولا يزنون الآية ولان الايمان شرط صحة العبادة وهم يمكنهم تحصيله
كالطهارة للصلوة ولنا ما ثبت من قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح
انك تاتي قوما اهل كتاب فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله
فان هم اطاعوك فاعلمهم ان الله فرض عليهم خمس صلوات في اليوم والليلة الحديث
فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الفرائض وفروع الشرايع انما تجب
عليهم بعد الايمان بالله والرسول ولان الكافر لو خوطب بالشرايع فلا يخلو
اما ان يخاطب بها في حال الكفر بالايمان او قبله او بعده ولا ثالث والاول
باطل لان الزمان الواحد لا يسع خطابين احدهما بفعل ولان الخطاب
باداء الفعل والجمع بين الافعال في زمان واحد وقبله محال ايضا لتقدم
الصلوة على الوضوء والثالث باطل ايضا لان الذمي لم يومن في الزمان
الاول بقي مخاطبا به في الزمان الثاني كالاول لمحال لا استحالة الزمان
فيلزم ان يكونا واجبين يوجد احدهما بعد الاخر لوجوب الايمان
بالله تعالى وتصديق الرسول فان ذلك ثابت في حق الكفار من غير
خلاف ولو كان محالا عقلا لما [illegible] قال امام الحرمين في البرهان مدركهم
هذا ينتقض بمخاطبة من لا يعتقد الصانع وبتصديق الانبياء وقد وقع الخطاب
بالمشروط قبل وجود شرطه في الدهري والجواب عن ذلك الفرق
وهو انه يمكن تصديقهما نصا بخلاف الايمان والعمل بالشرايع فان الجمع بينهما
معا محال ولا يكون المخاطب بمكون قادرا على ايجاد الفعل المتعبد به
والكافر لا يقدر على ذلك وقولهم يقدر عليه بشرط تقديم الايمان باطل
لان الايمان اصل جميع العبادات والطاعات فكيف يكون شرطا واعتباره
بالطاهر فاسد لا شك فيه فانه لا يلزم من وجود الطهارة وجوب الصلوة

اذا لم يشترط الايمان ويلزم من الايمان وجوب الصلوة عند عدم السقوط
والا لشرع قد نص على اشتراط الطهارة للصلوة بقوله تعالى اذا
قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الآية وبقوله صلى الله عليه وسلم
لا صلوة الا بطهور ولم يات نص في شرطية الايمان في وجوب الشرايع
على الكافر والاصل عدم الوجوب الا بالنص ويدل عليه ان الله تعالى
ما امر باقام الصلوة وايتاء الزكوة الا المومنين بظواهر النص فاذا
لم يكن هناك نص باشتراط الايمان لوجوب الفروع لا يمكن اثبات الايمان
اقتضاء اذ شرط الشي ما يكون تبعا له لذلك والايمان اصل الطاعات وراس
وراس العبادات ولا يمكن ان يكون مامورا به لاجل تصحيح عبادة اخرى
فرع بخلاف الطهارة فانها تبع وشرط لاداء الصلوة فامكن اثباتها
تبعا وشرطا اقتضاء وهذا كما اذن لعبده ان يكفر عن يمينه باعتاق
رقبة او اذن لامة ان تتزوج اربعا لا يتضمن ذلك حريته وان كان بدون ذلك
لا يصح الامر لكن لان الحرية اصل الاهلية واصل التصرفات فلا يمكن
اثباتها بطريق الاقتضاء فالايمان اولى ولذا لو تزوج المولى امته او السيدة
عبدها لا يصح ولا تثبت الحرية فيهما اقتضاء ولان الصلوة والصوم
وساير العبادات لو وجبت عليه بشرط تقدم الايمان الذي هو شرط
صحة ادائها لا يصح اذ ما تقدم وجوبه على الايمان بل يكون العجز عن
ادائها بنية عن ادائها قبل الايمان اذ الايمان يسقطها لانه يجب ما قبله
فلم يكن شرطا لصحة ادائها وما تقدم منهم مغفور بالاسلام بالنص
بخلاف الطهارة فانه يصححها لا يسقطها قياسا لمشروطه فاذا
لم يكن قادرا على ادائها قبل الايمان وبعده وكان العجز في الحالين لم يكلف
بها لان تكليف العاجز منتفي بالنص فلا يجوز ان يستحق بها زيادة
عقوبة على تركها بخلاف الحرمات على قول البعض لانه قادر على تركها
فاذا ثبت القدرة صح التكليف فوضح الفرق بين المسالتين قال شهاب
الدين القرافي في شرح المحصول الفرق بين المامور به والمنهي عنه

ان المنهي عنه يسقط المواخذة عن الذي خوطب به بمجرد تركه من غير
نية بل بصورة الترك كافية ولا يسقط المواخذة في المامورات عن
المامور بصورة الفعل بل يبقى مواخذته حتى ياتي بالفعل موقعا
على وجه القربة ولان وجوب الشرايع حينئذ يكون معلقا بتحصيل
الايمان لا يثبت القدرة والمعلق بالشرط عدم قبله فصار كالحج فان
وجوبه معلق بالاستطاعة ولا يجب قبلها اجماعا وانما الخلاف في
تفسيرها وقول محمد ما فيه من الشرك اعظم من ان يلزم كفارة
الظهار وكفارة اليمين اذا حنث وذلك مثل من وضع عليه جبل عظيم
كجبل ابي قبيس وجبل حرا وجبل قاسيون فمقول من يقول يوضع
فوق ذلك عشرة ارطال من الحجارة ونحوها لا معنى له لان من
كان مخلدا في نار جهنم نعوذ بالله منها لا احتياج الى الزيادة على
ذلك والجواب عن قوله تعالى يا ايها الناس اعبدوا ربكم
من وجوه الوجه الاول حصر الامر المراد بها وحدوا والوجه الثاني
ان العام في الاشخاص مطلق في الاحوال فيكون الناس كلهم مامورين
بالعبادة في حالة واحدة لا انه قيدها والوجه الثالث ان اعبدوا
مطلق في العبادة فلا تفيد العموم في الفروع الوجه الرابع ان التوحيد
اعظم العبادات وهو مراد بالاجماع فلا يثبت ما عداه اذ لا عموم للمطلق
والوجه الخامس المراد بالناس المومنون والجواب عن قوله
لم نك من المصلين من وجوه احدها انه قول الكفار فلا يكون حجة
ولو كان ذلك منهم غير حق لا يلزم مما ذكرتم لانه يجوز ان يكون
ذلك بسبب خوضهم مع الخائضين وتكذيبهم بيوم الدين فان ذلك
موجب لسلكهم في سقر وتخليدهم في النار وليس ذلك موجب ترك
الصلوة والزكوة وساير الفروع فان ذلك لا يوجب الخلود وثانيها
المراد بقولهم لم نك من المصلين اي من المومنين فان اهل الكتاب
كانوا من المصلين والمزكين لكن لم يكونوا من المومنين بشريعته

صلى الله عليه وسلم والذي يدل على ان ذلك لاجل تكذيبهم خاصة قوله
تعالى في اخرها فما تنفعهم شفاعة الشافعين فدل على ان ذلك لاجل
تكذيب يوم الدين لا للمجموع فانه يخرج التكذيب عن استقلاله في علية التخليد
فانه يصير جزء العلة وجزء العلة ليس بعلة ولان فروع الشريعة
لا يجوز ان يكون سببا للخلود فيها والتكذيب موجب للخلود فكان اضافة
الخلود اليها والتكذيب موجب للخلود فكان اضافة الخلود اليه
تعيينا والجواب عن قوله تعالى والذين لا يدعون مع الله الها
اخر الاية فانها كلها نواه وهم مخاطبون بالنواهي على قول فخر الدين
في المحصول ووجوب القضاء منقوض بالجمعة والجواب عنه
من وجهين احدهما ان الجمعة ليست باصل حتى تقضى بل الاصل
هو الظهر عندنا وهذا يقضي الظهر فما اسقطنا القضاء بعد وجوب
الاداء والثاني ان عدم وجوب الاداء على خلاف الاصل فلا يلزم ولهذا
لما كان المرتد عندهم مخاطبا بالصلوة وجب عليه القضاء اذا اسلم
ومعنى قوله يضاعف لهم العذاب يوم القيامة يعني لا ينقطع بل يزداد
كما يزداد الوقت وروى الضحاك عن ابن عباس انه قال لا يضاعف بالنقل
من الى الزقوم ومن الى الاثام قيل هو واد في جهنم ومن الى الزمهرير
وغير ذلك وقوله تعالى الذين كفروا وصدوا عن سبيل الله زدناهم
عذابا فوق العذاب اي كفروا وحملوا غيرهم على الكفر يضاعف
الله تعالى عقابهم كما ضاعفوا كفرهم بما كانوا يفسدون اي
بكونهم مفسدين للناس بصدهم عن سبيل الله هكذا ورد في التفسير
قوله فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او
اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير بعد قبضهما ولا شيء لها غير
ذلك وان لم تقبض حتى اسلما او اسلم احدهما ان كانا باعيانهما
فلها ذلك عند ابي حنيفة وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة
وفي الخنزير مهر المثل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل

في المعين

في المعين وغير المعين وهو قوله الاخر وقوله الاول قول محمد وقال محمد لها
قيمتهما في الوجهين يعني في المعين وغير المعين وجه قول ابي
يوسف ومحمد في المعين ان القبض موكد للملك حتى لو طلقها قبل الدخول
بعد القبض لا يثبت ملك الزوج في النصف الا بالقضاء او بالتراضي على
الاسترداد وقبل القبض يثبت بنفس الطلاق ولهذا لو هلك قبل القبض
كان الهلاك على الزوج ويجب عليه قيمته وبعد القبض عليها ولا شيء
على الزوج فكان للقبض شبه بالعقد فوجب ان يمتنع بالاسلام الحاقا
لشبهة العقد بنفس العقد في موضع الحرمة احتياطا ووجه
قول ابي يوسف في غير المعين ان ملكها لا يثبت في المعين الا بالقبض
اجماعا فكان القبض ابتداء تمليك العين فيمتنع بالاسلام احدهما فيجب
مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير واحدهما ومحمد يقول صحت
التسمية وتعذر القبض لاجل الاسلام فيصار الى البدل كما لو
هلك المسمى ولابي حنيفة في المعين ان ملكها في الخمر والخنزير قد تم
قبل الاسلام قبل القبض ولهذا يجوز لها التصرف بالبيع والهبة
قبل القبض فصار كاسترداد الخمر المغصوبة مع ان فيه ازالة
اليد المانعة ويد الزوج غير مانعة فكان اولى والفرق
له بين الخمر والخنزير في غير المعين على الاستحسان والقياس
وجوب القيمة فيهما كقول محمد لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين
بخلاف الخمر فانها تخلل وينتفع بها ولان قيمة الخنزير لها حكم الخنزير
عينه لانه من ذوات القيم ولهذا تجبر على قيمة الخنزير كما تجبر على
عينه لو اتى بها وكانت القيمة من موجبات تلك التسمية فكان
بعد الاسلام يمتنع قبض عين الخنزير يمتنع قبض قيمته بخلاف
الخمر فانها من ذوات الامثال لا من ذوات
القيم فلم يكن قبض قيمتها كقبض عينها وهذا ظاهر لكن يرد
عليه ما لو اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر او خنزير ثم شفعها

اجابه الزيلعي

مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه وفي الحواشي ولأبي حنيفة أن الملك نوعان ملك الرقبة وملك التصرف وكلاهما ثابت للزوجة قبل القبض والفائت بطاصوره اليد ولا يمنع ذلك بالإسلام كالمسلم إذا تخمر عصيره ولم ذكره من تأكد الملك بالقبض لم يدخل كذا فيه إذا لم يستعقد به احد الملكين المذكورين كالذمي إذا غصب خمره ثم أسلم له أن يستردّ خمره من الغاصب ويكون قبضه موكدًا ولو طلقها قبل الدخول فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة لأنها حكم مهر المثل ومن أوجب القيمة أوجب نصفها وقد قدمنا مذاهب الأئمة في ذلك في أول الفصل فلا نعيدها والله أعلم بالصواب

باب نكاح الرقيق

الرقيق والرق الضعف والرق العبودية وقال ابن فارس في المجمل وابن الأثير في النهاية إن الرق الملك والرقيق المملوك واحد وجمع ذكره الجوهري كالرفيق والصديق وفي الكشاف وقوم علينا دوي مين ارأهم عدوا وكانوا صديقا فهو كالصهيل والعويل والرقة بعض الضعف إلا من الضعف والثاني من القوة وفي المغرب الرقيق المملوك فعيل بمعنى مفعول قلت كأنه نظر إلى معناه الذي هو المملوك فإنه مفعول لأنه من فعل متعد والأظهر أن الرقيق بمعنى فاعل لأن الرق هو الضعف وهو لازم ومنه ما ذكره في النهاية يؤدي المكاتب بقدر ما رق منه ديه العبد وفي المغرب رق العبد أي صار رقيقا ومنه قولهم ورق مارق ويدل عليه حديث عائشة أن أبا بكر رجل رقيق أي ضعيف هين لين وهو ضد القسوة والشدة ومنه قول عثمان كبرت سني ورق عظمي قال المطرزي وأما قولهم دابة مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكاه ابن السكيت فوجهه أن يكون من رقّه إذا وجهه فهو مرقوق لديهم حذفت الصلة كما في المندوب والمأذون والمحجور لأن أصله من الرقة التي هي الضعف وهو لازم والرقيات مسايل جمعها محمد بن الحسن

حين كان قاضيًا بالرقة وهي واسطة ديار ربيعة والقن العبد الذي ملك هو وأبوه وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث وقد جا قنان وأقنان أقنة وأما أمة قنة فلم نسمعه وعن ابن الأعرابي عبد قن خالص العبودة وعلى هذا أصح قول الفقهاء لأنهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب وفي النهاية لابن الأثير في حديث عمر لم نكن عبيد قن إنما كنا عبيد مملكة العبد القن الذي ملك هو وأبواه وعبد المملكة الذي ملك هو دون أبويه وفي الصحاح القن العبد والقنم الأم مغنم كالتي وعبر مغنم قوله لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما قال ابن المنذر في الإشراف أجمع أهل العلم أنه لا يجوز وفي البدائع والمفيد لا يجوز نكاح المملوك بغير إذن سيده كما ذكر في الكتاب وصوابه لا ينعقد كأنه جائز صحيح لكنه غير نافذ بل نفاذه موقوف على إجازة المولى وهكذا في المغني لابن قدامة قال وصوابه لا ينعقد قوله وقال مالك يجوز وكذا ذكره عنه في البدائع لأنه يملك الطلاق بالإجماع فيملك النكاح وفيه نظر وفي الجواهر لا ينكح العبد إلا بإذن سيده فإن عقد من غير إذنه صح ثم للسيد أن يطلق عليه بخلاف الأمة فإن العقد عليها بغير إذنه باطل ولا يصح بإجازته وعنه للسيد فسخه أو تركه كنكاح العبد وهو سبب إذ المهر والنفقة لازمان له متعلقان بما يحصل في يده من غير خراجه ولا من كسبه وقال ابن العربي في العارضة لا خلاف لا أجد في أن العبد لا يجوز له زواج بغير إذن سيده فإن تزوج بغير إذنه كان للسيد إجازته أو رده وإن أقدم عليه فلا حد عليه أما أن يؤذن وقال أبو عمر في التمهيد نكاحه موقوف على إجازة السيد وإن طلقها العبد قبل إجازة سيده كان طلاقًا لا تحل له إلا بعد زوج آخر وفي الإشراف لا حد عليه في الوطء فيه وروي ذلك عن الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وابن حنبل وقال

داود واصحابه يحد بالوطء حد الزنا اذا علم بالنهي وهو مذهب ابن عمر
ذكره ابن حزم في المحلى لحديث جابر بن عبد الله قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر قال ابن
حزم اسم العهر يقع عليه وعلى الامة وكان ابن عمر يرى نكاحه زنا
ويرى عليه الحد وكذا قال ابو ثور وقال مالك اذا فرق بينهما كان تفريقه
طلاقا قال وهذا خطأ فاحش لانه لا يخلو من ان يكون صحيحا او باطلا
ولا ثالث لهما فان كان صحيحا فلا خيار للسيد في ابطال عقد صحيح
وان كان باطلا ولا يجوز للسيد تصحيح الباطل وما عدا هذا فتحكم
قلت قوله فان كان صحيحا فلا خيار للسيد في ابطال عقد
صحيح غير صحيح بل يجوز له ابطال الصحيح اذا لم يكن لازما ولا
نافذا وقد ابطلوا النكاح الصحيح بالجب والعنة بالاجماع وبالعيوب
وتزوج العبد والامة عيب فيهما وهذا يثبت خيار العيب
اذا وجدهما متزوجين ودعواه الحصر فيهما باطلة لكن التفريق
بينهما ليس بطلاق عندنا وهو قول الجمهور وفي حديث جابر ايما عبد
تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي وقال
حديث حسن وهم لا يقولون بوجوب الحد عليه بالتزوج وروى ابن
حزم في المحلى ايما عبد نكح ايضا وزعم انه صحيح باللفظين وان
المراد بالنكاح الوطء قلنا التزوج محكم في العقد والنكاح
محتمل فيحمل المحتمل على المحكم وهو من رواية عبد الله بن محمد بن عقيل
ابن ابي طالب بلفظ التزوج قال يحيى ضعيف وقال ابن حبان كان
رديء الحفظ يحدث على التوهم فيجيء بالخبر على غير سننه فوجب مجانبة
اخباره وقال المنذري تكلم فيه غير واحد وذكره ابو الفرج
في الضعفاء والمتروكين وروى ابو داود اذا نكح العبد بغير اذن
سيده فنكاحه باطل وقال هذا الحديث ضعيف وهو موقوف
على ابن عمر وصحح ابن حزم الحديثين مع ضعفهما كما ذكرت

وعن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن
مواليه فهو زان [illegible] قال ايضا عبد الواحد فيه كلام وقال
احمد هذا حديث منكر واذا اجازه المولى جاز عندنا هذا قول الحسن
ابن ابي الحسن وعطا وابن المسيب وشريح وابن ابي ليلى والشعبي و
والحكم ذكره ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وابن المنذر في الاشراف
وقال الاوزاعي والشافعي وابن حنبل في ظاهر الرواية عنه لا ينعقد
باجازة المولى واختاره ابن المنذر وعن احمد يتوقف على اجازة سيده
ذكره في المغني وفي مصنف ابن ابي شيبة المطلقة ثلاثا اذا تزوجت بعبد
بغير اذن مولاه ودخل بها لا تحل للاول وبه قال الحسن والنخعي وعطا
وطاوس وعطا وقال عامر والحكم هو زوج وله ان يراجعها قال
عامر وكذا الخصي فان دخل بها فلها مهر مثلها تؤاخذ به بعد الحرية
وهو قول الفقهاء وقال ابن حنبل لها خمسا المهر رووا ذلك عن عثمان
روي ان عبدا تزوج على خمسة ابعرة ودخل بها فامر عثمان رضي الله
عنه بان يفرق بينهما ويدفع اليها بعيران قلت استدلالهم
على وجوب خمسي المهر بالبعيرين لا يصح لنفسه وتالف القيم فان المهر
من ذوات القيم ولعل ذلك كان بالتراضي ويدل عليه ان ذلك كان لـ
المولى لا يجوز دفعه اليهما الا برضى المالك وكذا المدبر والمدبرة
وام الولد والمكاتب والمكاتبة لقيام الرق فيهم الا ان في المكاتب
والمكاتبة يشترط رضاها بالنكاح وانما ملكا الاكتساب
مع قيام الرق فيهما ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده وكذا
المكاتبة وانما تملكا تزويج الامة لانه من باب الاكتساب ثم اذن
السيد يثبت بالنص وهو بالتصريح بقوله اجزته او رضيت به
او اذنت فيه ونحوها وبالدلالة وهي قول وفعل يدل على الاجازة مثل
ان يقول عند سماعه هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك
الله فيهما او لا باس ونحوها قال الولوالجي هو المختار وفي الذخيرة لو قال نعم

ما صنعت او قال بارك الله لكما فيها او قال احسنت او رضيت قال الفقيه ابو
القاسم شيء من ذلك ليس باذن واختار الفقيه ابو الليث انه اجازة
وبه كان يفتي الصدر الشهيد الا انه اذا علم انه قاله على وجه الاستهزاء
وفي نوع المسمى ان من باع عبد غيره بغير اذنه فقال احسنت او
رضيت او وفقت او كفيتني مؤنة البيع فجزاك الله خيرا ان ذلك ليس
باجازة قال وذكر في موضع آخر ان قوله احسنت او وفقت اجازة والاجازة
بالفعل ان يسوق اليها مهرها او شيئا منه مما يدل على الرضا وفي الذخيرة
لو ساق اليها هدية لا يكون اجازة واعتاق العبد والامة اجازة ضرورية
هكذا ذكر في البدايع والاذن له في النكاح ليس باجازة فان اجاز
العبد ما صنع جاز استحسانا كما لو تزوجه فضولي امراة بغير اذن
المولى له في الخروج فاجاز جاز وقد اعترض عليه ان الاذن هنا ولا انشاء
والاجازة وفي خزانة الاكمل لو قال انا كاره ولا ارضى لا يكون اجازة
ويكون ردا اما لو وصل فقال انا كاره ولكن اجيزه او قال لا ارضى ولكن
رضيت جاز استحسانا وفي منية المفتي اذن لعبده ان يتزوج ثم ابق
قال برهان الدين صاحب المحيط والقاضي عبد الجبار لا يبقى مأذونا
له وقال قاضي خان وقال صاحب المحيط سكوت المولى عند تزوج العبد
لا يكون رضا تزوج عبده ثم اعتقه مجبرا يضمن المولى او العبد وقال
شرف الائمة يضمن المولى الاقل من قيمته ومن المهر وفي خزانة الاكمل
زوج امة بغير اذن مولاها واعتقها فاجازها جاز النكاح والعتق
وفيه قال لعبده اذنت لك في النكاح فقال ذلك لتكفهو اذنا ما
لو قال انت اعلم لا يكون اذنا وقد تزوج امة بغير اذن مولاها ودخل بها
ثم تزوج امها او ذات محرم منها لا ينتقض نكاح الام في رواية
قاضي القضاة بشر بن الوليد الكندي وفي الملتقط تزوج امة بغير
اذن مولاها ثم تزوج امها او ابنتها او حرة او اربعا سواها انتقض
الاول ولم يذكر الدخول وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد في امة تزوجت بغير

اذن مولاها ثم وطيها المولى لم يكن ذلك نقضا لنكاحها وعن ابي يوسف انه ينفسخ
به وفي جوامع الفقه ولو كانت ام ولد ودخل بها الزوج ثم مات المولى بعد
النكاح ولو لم يكن دخل ومات المولى او عتقها بطل النكاح لوجوب
العدة من المولى وان زوجت الامة الصغيرة بغير اذن سيدها فاعتقها
لا ينفذ حتى تبلغ او يجيزه المولى ان لم يكن لها احد من عصبتها وعند
زفر يبطل ذكره الاسبيجابي وفي المحيط لو تزوج العبد بغير اذن
مولاه ثم طلقها ثلاثا ثم اجازه المولى لا يصح اجازته لان الطلاق فسخ وليس
بطلاق حقيقة فان اذن له فتزوجها يكره عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يكره لان اجازة المولى تلغو بعد فسخه فصار كما لو تزوجها
باذنه ثانيا ولم يجز الاول ولهما ان الاجازة تستند من وجه
فيستند شبهة النفاذ فاورثت شبهة وقوع الطلاق فيكره وفي
البدايع قالوا فيمن تزوج امة غيره بغير اذنه ثم باعها المولى واجازه
المشتري يجوز لان المشتري لا يحل له وطيها ومثله في الذخيرة وفي
المبسوط النكاح لا ينفذ باجازة المشتري هنا لانه فسد من حين
ملكها المشتري قال ومن اصحابنا من يقول ما ذكر في الكتاب في
غلط لانه لما دخل بها الزوج في ملك البايع وجب عليها العدة فلا يحل للمشتري
فلا يفسد النكاح الموقوف قال ولكنا نقول ما ذكر في الكتاب صحيح
لان وجوب العدة انما يكون بعد التفريق وقبله غير معتدة فاعتراض
ملك المشتري لها يبطل النكاح الموقوف وان كان ممنوعا عن غشيانها
وهو قياس المنع بسبب الاستبراء فانه لا يمنع بطلان النكاح الموقوف
وفي جوامع الفقه اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم باعها عيارا و
بغير خيار او وهبها وسلمها او باعها بيعا فاسدا وسلمها وهو ممن
تحل له وطيها او اوصى بها او لم يبعها بل وطيها المولى او قبلها وعلم بالنكاح
او لم يعلم او زوجت نفسها من غيره بطل نكاحها وفي خزانة الاكمل
او اوصى بها وقبلها الموصى له وان لم تقبل لم ينتقض والقبول بعد موته

الموصي ولو اشتراها ابنان او رباها او ربتها امراة او اخوها من الرضاع
او كان لا يطاها او قبلها بشهوة او دخل بها الزوج ثم باعها المولى او
ورثها وارث او كان عبدا فالنكاح موقوف يصح اجازتهم في هذه
الصور ومثله في المغني خلاف ما ذكره السرخسي في شرح الكافي
قوله واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع
فيه وفي المغني المهر يتعلق برقبته ويباع فيه الا ان يفديه المولى
كقولنا وفي المنهاج السيد باذنه لا يضمن نفقة ومهرا في الجديد
وهما في كسبه بعد النكاح فان كان ماذونا له في التجارة ففيما في يده
من الربح وكذا في راس المال في الاصح وفي البسيط الاصح ليس في راس
المال فان لم يكن ماذونا له ولا مكتسبا ففي ذمته وفي قول في السيد
وفي الجواهر والنفقة والمهر لازمان متعلقان بما يحصل له في يده مما ليس
من خراجه فاشبه سائر الديون اللازمة للعبد الماذون وفي
المبسوط والمهر والنفقة لازمان في النكاح الماذون ولا خلاف
انه يتعلق بكتابه ولو كان ملكا للسيد وللمراة اسوة غرمائه لان البضع
متقوم في حالة الدخول كثمن المبيع بل اولى لانه لا يجوز اخلاؤه عن
العوض وهذا يستقيم تقيم ويجب تقدمه لانه لا يملك التصرف في المال
كتزويج الاخ والعم وابنه بخلاف الخلع فان البضع عند الخروج غير متقوم
وبخلاف الصلح عن دم العمد لان الدم ليس بمال وانما هو متقوم وان جاز
الاعتياض عنه حتى لو عفا عن قصاص له في مرض موته يعتبر
من جميع ماله لانه لم يفوت على ورثته مالا وفي الخطا يعتبر من ثلث
ماله لان القتل الخطا مال والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر
ولا يباعان فيه لانهما لا يقبلان الانتقال من ملك الى ملك مع بقاء التدبير
والكتابة فيؤدى من كسبهما لا من مالهما المتعذر الاستيفاء من الرقبة
وينبغي ان يجعل من المكاتب فسخا للكتابة لانها غير لازمة من جهته
وهي قابلة للفسخ ولهذا لو بيع المكاتب برضاه فسخ الكتابة في الاصح

ولكن لا حاجة بنا هنا الى فسخ الكتابة لحصول المقصود بلا انفساخ
ولا كذلك البيع واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها
فليس هذا باجازة وكذا لو قال طلقها طلاقا باينا ذكره في المحيط وان قال
طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة يقع عليها
فهو اجازة وجه الاول ان رد هذا العقد ومتاركته تسمى طلاقا
ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه
اولى فلا تثبت الاجازة بالشك وجه الثاني ان الطلاق الرجعي
لا يكون الا في نكاح صحيح نافذ بعد الدخول فيتضمن الاجازة وكذا الطلاق
الموصوف بالوقوع وقد ذكرنا قبل هذا ما يكون اجازة فيه وما لا يكون
مسبوقا فلا نعيده ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فقيده الحكم
فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة
وعندهما يطالب به اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح يتناول الصحيح
والفاسد عنده وعندهما يتقيد بالصحيح النافذ والموقوف وعند الشافعي
في ذمته لقولهما وفي قول في رقبته وفي البسيط لا يتناوله الا ان اسم النكاح
يشتمل على الصحيح والفاسد وفي المغني في تناوله للفاسد احتمال
لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك
بالجائز لا الفاسد فانه لا يحل الوطء فصار كالتوكيل بالنكاح فانه
يتناول الجائز دون الفاسد وكذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى
الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لان الفاسد
فيه يفيد الملك بالقبض ولابي حنيفة ان المطلق يجري على اطلاقه
في غير موضع الضرورة والتهمة فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل
بالنكاح الفاسد كثبوت النسب بالوطء وسقوط الحد ووجوب المهر
والعدة وفي قاضي خان لو ان العبد اهل لمباشرة النكاح وانما شرط
رضى المولى فيه لتعلق المهر بماليته وفي هذا لا فرق بين الصحيح
والفاسد وفي المحيط ان اذن السيد انما يحتاج اليه لشغل رقبته

بالمهر والشغل يتحقق بهما بخلاف الوكيل فان المطلوب للآمر يتوسل الحل له
وفي المفيد والمزيد هذا لا يصح على اصله لان الفاسد عنده في النكاح
كالوكيل فكان اذنه محتاجاً اليه والصواب انه مستفاد من
الاطلاق ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة وفي قاضي خان
قبيل ذلك قولها وفي المفيد والمزيد يحنث بالنكاح الفاسد عنده وكذا
المامور بالنكاح لو زوجه نكاحاً فاسداً يصح عنده وفي المصفى
الفتوى على الاول وفي الملتقط وكله ان يزوجه نكاحاً فاسداً فزوجه
نكاحاً صحيحاً انه قد لا يجوز بخلاف البيع والفرق ان التوكيل
بالنكاح الفاسد لا يصح وبالبيع الفاسد يصح فكان فيه مخالفة
الى خير ومسئلة اليمين نظير ان تقول الحل فلهذا ان التقييد في
اليمين للعرف ومبنى الامر عليه وفي قاضي خان التوكيل بالنكاح
ينتهي ... الجائز والفاسد وقد جزم به صاحب المفيد وفرق
صاحب المحيط بينهما بما ذكرنا قبل واتفقوا على انه يتناول الموقوف ولا
ينتهي به الاذن ولا التوكيل حتى كان له ان يجيزه او يتزوج غيرها موقوفا
او باتا فلذا الوكيل بعد الموقوف او تزوج موكله غيرها موقوفا او
باتا لبقاء الاذن والوكالة وفي المحيط فيه حسن ويجوز للسيد ان يزوجها
ثانياً نكاحاً صحيحاً موقوفاً او صحيحاً باتاً عندهما لبقاء الاذن
كالموقوف وعند ابي حنيفة لا يتزوج لانتهاء الاذن بالفاسد عنده
وفرق ابو حنيفة بين الموقوف والفاسد وقد دخلا تحت الاذن
بصورته دون حكمه الكامل لانه لا يقبله فانتهى بمجرد الصورة والموقوف
دخل تحته بصورته وبحكمه الكامل المطلوب فلا ينتهي بمجرد الصورة
ونظيرهما ما ذكر في اول كتاب الايمان من الجامع اذا قال لامرأته قبل الدخول
ان كلمتك فانت طالق ان كلمتك فانت طالق يحنث في اليمين الاولى بعد انعقاد
اليمين الثانية لذكر الشرط والجزاء اذا وصل ولا يحنث بالشرط وحده
وان كان كاملا لها ولم يصل ووقف في اليمين الثانية على قوله ان كلمتك

ولم يذكر الجزاء لحنث في اليمين الاولى بالكلام الناقص لما ذكرنا من الفرق وهو
انه عند الانفصال على ذكر الشرط دون الجزاء بنا والكلام من حيث الصورة
لا غير واذا وصله بالجزاء اراد الكلام التام الكامل الذي يحسن السكوت
عليه فلا يحنث ببعضه لكن يرد على هذا الفرق سؤال وهو انه ذكر في
الجامع في باب اليمين بالحلف ان تمام الشرط بصورته ومعناه فلم يعتبر
الحنث بمجرد الصورة ويمكن ان يحمل هذا على معنى آخر الذي ذكر في ذلك
الباب وهو انه مع تمام الكلام ... الشرط والجزاء اذا كان
فيه معنى الحلف قاصر الدلالة لم الجملة على معنى آخر لا يحنث لاحتمال ارادة ذلك
المعنى الآخر الا الحلف فلا يحنث بالشك وفي البدائع لو اذن له في النكاح
الفاسد نصا ودخل بها فيه يلزمه المهر في رقبته في الحال بالاتفاق
ولو دخل في الموقوف ثم اجاز المولى ففي القياس يلزمه مهران مهر بالدخول ومهر
بالعقد بالاجازة وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد لاستناد الاجازة
الى وقت العقد فكان الوطء واقعا في الملك باعتبارها وفي البدائع للاستحسان
وجهان احدهما ان الاجازة تستند لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق
والوجه الثاني ان الدخول موجبه الحد لا المهر لولا العقد وقد
وجب المسمى بالعقد فلو وجب مهر آخر بالوطء لوجب بعقد واحد مهران
وهو ممتنع ثم المهر الواجب بالعقد والوطء للمولى في الامة والمدبرة
وام الولد وفي المكاتبة ومعتق البعض لها لانهما بمنزلة الارش وفي المبسوط لو
دخل بها في الموقوف قبل الاجازة ثم اعتقها جاز العقد وعليه مهران
في القياس مهر للمولى بالدخول بالشبهة ومهرها بالعقد النافذ بالعتق وفي
الاستحسان يجب مهر واحد للمولى وحكم الاجازة تستند بخير ومن زوج عبدا
مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء في مهرها ومعناه اذا
كان بمهر المثل اما جواز النكاح فلملك الرقبة ولهذا لو كان ... مديونه
يجوز للسيد وطؤها وان احتمل العلوق والنكاح نصا دون التسمية دون
حق الغرماء وانما اشترط اذن المولى وان لم يملك الآدمية لاجل التهمة

حتى لو خلا عن التهمة لا نقر دبه ولم يحتج الى اذنه كما لو اقر بقتل العمد فانه
يقبل ويقتل لعدم التهمة وان فوت حق المولى لانه يفوت ضمنا بعد صحة
الاقرار كذا ههنا لان وجوب المهر يكون بعد صحة العقد بسبب لا مرد
له فكان بعض حقهم ضمنا لا قصدا كتبدل المستهلك وتزوج المريض بمهر
المثل فانها فيه اسوة الغرماء وقد ذكرنا قبل هذا زيادة توضيح هذا
المعنى قوله ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت
الزوج لكنها تخدم المولى ويقال له متى ظفرت بها وطئتها لان تبوا المكان
اي اتخذه مباءة وبوئته اتخذه موطنا والمباءة المرجع ايضا ومثله
توسدت التراب اي اتخذته وسادة وقال ابن فارس في المجمل بوأته
منزلا اذا اسكنته اياه وفي الصحاح بوأته منزلا وبوأت له منزلا
يعني اي هيأته ومكنت له فيه والباءة والبا المنزل وجه
ذلك ان المولى كان له حق في استخدامها والاستمتاع بها فقد اسقط
حقه في الاستمتاع وبقي حقه في الاستخدام ووجوب التبوية
اذ ليس للمولى ان يستخدمها ذكره في الجامع والخزانة ولان المولى
لو منع من استخدام عبده وامته لما رغب في تزويجها وفي الجواهر
استخدام الامة لا يبطل بالتزويج ويحرم على السيد الاستمتاع
بها وليس عليه ان يبوئها بيتا الا ان يشترط ذلك في العقد وبه
قال ابن حنبل وعندنا شرط ذلك باطل وقال ابن الماجشون يرسلها
اليه ليلة بعد ثلث ويأتيها الزوج فيما بين ذلك عند اهلها وفي
المغني لو زوجها من غير شرط التبوية قال القاضي فهو كالمشروط
تسليمه ليلا وتخدمه نهارا وعند الشافعي يستخدمها نهارا ويسلمها
لزوجها ليلا ولو شرط العكس لا يصح لان الليل محل الاستراحة
من الخدمة ووقت غشيان النساء ولهذا كان القسم على الليل قلنا
حقه ثابت في الليل والنهار ولكن الجمع بين الحقين في الوقتين لا يتيسر
بلا دليل واذا لم يبوئها فلا نفقة لها ولا السكنى وكذا لو بواها صغيرة لا تصلح

للجماع وان بواها وهي صالحة للجماع فلها النفقة والسكنى لوجود الاحتباس
الشرعي فان بدا له ان يستخدمها فله ذلك ويسقط النفقة والسكنى لان
حق المولى لم يسقط بالتبوية كما لم يسقط بالتزويج وكما لو اعار المرتهن العين
المرهونة من الراهن لا يسقط حقه فله ان يستردها ويصير المولى
بالتبوية كالمعير لامته من زوجها ولا يتعلق بها اللزوم فيستردها
متى شاء وكذا لو كان شرط التبوية في العقد فالشرط باطل لا يمنع
من استخدامها لان الحق للزوج حل الوطي بالنكاح لا غير فاشتراط
الاقامة عنده غير مستفاد من التزويج فلو لزم ذلك لا يخلو اما ان
يكون بطريق الاستيجار او الاعارة لا وجه للاول لجهالة المدة وعدم
الاجرة او جهالة العمل ولا وجه للثاني ايضا لان الاعارة لا يتعلق بها
اللزوم ولو طلقها بائنا بعد الدخول فلها النفقة والسكنى وان
اخرجها فعليه اعادتها ولو طلقها قبل التبوية او بعدها بعد
اخذها فلا نفقة لها ولا يؤمر باعادتها الى منزله لان الاعادة
غير مستحقة على المولى فلم يكن اعادة الى حكم التسليم بل ابتداء
تسليم نفس غير مستحق بها ولا يستحق كالصغيرة بخلاف الحرة الناشزة
فان العود مستحق عليها ولو استحسانا ولو اعادها الزوج عنه
ولو اخرجها المولى بعد الطلاق يجب اعادتها لانها اعادة الى التسليم
المستحق وللزوج المسافرة بها ويخرج الزوج معها والنفقة
عليه اذا بواها بيتا والمهر لانه مال من مالها ما لم يشترطه السيد
ذكره في الجواهر عن مالك وفي المغني ان اراد الزوج السفر بها فليس له ذلك
وان اراد السيد السفر بها قال ابن حنبل لا ادري قال صاحب الكتاب
ذكر تزويج العبد والامة ولم يذكر رضاهما يعني محمدا في الجامع الصغير
وهذا يرجع الى مذهبنا ان المولى يملك اجبارهما على النكاح وهو
قول مالك الا انه قال ولا تزوج امته الفارهة من عبده الاسود
اذا كان فيه ضرر عليها وللشافعي اقوال ثلاثة احدها لا يجبر العبد

قال في البسيط وهو الاصح والثاني يجبر كالامة والثالث يجبر الصغير دون
الكبير ذكرها في الوسيط والاصح ان المولى لا يجبر على تزويج عبده ولا يجبر
على اعفاف ولده وفي المحلى في شرح المحلى لابن حزم لا يحل للسيد اجبار
امته وعبده على النكاح فان فعل فليس نكاحا قال وهو قول الشافعي
واي سليمان قلت نقله عن الشافعي غلط والامة يجبر عليها والعبد
ما ذكرته وفي الاسبيجابي للمولى ان يزوج امته على كره صغيرة كانت او كبيرة
وكذا العبد الصغير وكذا الكبير في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه لا يزوج العبد الا باذنه ورضاه هكذا في الاسبيجابي وفي الكتاب
وهو رواية عن ابي حنيفة وكذا في المفيد والمزيد قال التمرتاشي وهي رواية
الطحاوي عن ابي حنيفة وهي رواية شاذة وجه الظاهر ان في
انكاحه اصلاح ملكه ومنعه من الوقوع في الفجور والزنا
مملكه كالامة فان قيل لا فائدة في اكراهه على النكاح فان
الطلاق بيد العبد فكلما زوجه المولى بكرهها يطلقها العبد
المتمرد فلا يفيد قيل له يمنعه من ذلك حبسها المولى والغالب
ان العبد لا يعانده مولاه وهذا بخلاف المكاتب والمكاتبة حيث لا يجبرهما
المولى على النكاح لانهما التحقا بالاحرار في التصرف وحرمة البدن
حتى لو وطئ المولى مكاتبته يلزمه العقر فلا بد من رضاهما وفي
الاشراف لابن المنذر اختلفوا في اكراه ام الولد على النكاح فكرهه
ومنعه ابن ابي عبد الرحمن بغير اذنها وبه قال الشافعي في العراق وقال
هو منسوخ وكذا قال من بمصر وقال له تزويجها وقال مالك الحرام
ليس له تزويجها وله ان يكره عبده وامته على النكاح وبه قال
الثوري وابو ثور والشافعي بالعراق ثم رجع بمصر عن العبد وفي
جوامع الفقه احد الموليين والمعتقين لا ينفرد بالانكاح ولا يملك الاب
والقاضي تزويج عبد الصغير ولو زوج الاب عبد الصغير امته
له جاز ولا يجب المهر وفي التحفة عن ابي يوسف يملك الاب تزويج عبد

ابنه امة ابنه ولا يجوز تزويجه بامة اجنبي للضرر في اكمال مسألة
لا يتسرى العبد والمكاتب والمدبر والمكاتب وان اذن لهم المولى في ذلك
وبه قال ابن سيرين وحماد والثوري والحكم وابراهيم واحد قولي الشافعي
وجوزه باذن السيد ابن عمر وابن عباس والحسن والشعبي وعمر بن
عبد العزيز وابن شهاب والزهري ومالك والاوزاعي وابن حنبل
وابن راهويه وابو ثور واختاره ابن المنذر وابن عمر وغيره يجوز بغير
اذن السيد لنا انهم لا يملكون بدليل انهم لا يملكون اعتاق
من بايديهم من العبيد والاماء ولا التبرع بما في ايديهم من المال وقال
الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء قوله
ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة
ولا المولى لها وهو المذهب عند الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد ومالك
وابو ثور يجب المهر ولو قتلت الامة نفسها ففيه روايتان عن ابي حنيفة
احداهما يسقط كقتل المولى وهذا لان فعل المملوك مضاف الى المالك
الا ترى انه هو المطالب بالدفع او الفداء فصار كردتها وبه قال
الشافعي على المذهب وفي الرواية الاخرى لا يسقط وبه قال ابو يوسف
ومحمد ومالك كالحرة وان قتلت نفسها فلها المهر عندنا وكذا لو قتلها
اجنبي وفي المنهاج لو قتلت الحرة او قتلها اجنبي لا يسقط مهرها عند
الشافعي وفي الجواهر لو قتل الامة سيدها او اجنبي او قتلت نفسها
لا يسقط مهرها وكذا الحرة لو ماتت او قتلت نفسها او قتلها اجنبي
وفي المحيط ان ارتدت الامة قبل لا يسقط مهرها لان ملك المولى وقتل
يسقط لانه حقها ابتداء وعند زفر لو قتلت الحرة نفسها يسقط
مهرها كردتها ولقتل الموطوءة لهما ان المقتول ميت
باجله والقتل موت بالاجل ان من قال لعبده ان مت فانت حر فقتل
عتق عبده فصار كالحرة اذا قتلت نفسها او قتلت الامة نفسها
في احدى الروايتين وكذا لو قتلها اجنبي فان المهر يتأكد في هذه

الصور ولا يسقط لكونها حتف نفسها ولابي حنيفة ان المعقود عليه مات
قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى فلا يجب عليه كما لو باعها من
سلطان او من غيره وذهب بها من المصر فانه يسقط المطالبة بالمهر
عن الزوج وكذا لو اعتقها قبل الدخول فاختارت نفسها هكذا في قاضي
خان وفي خزانة الاكمل لو باعها المولى في مكان لا يقدر الزوج عليها فلا
مهر له على الزوج وفي ملتقى البحار لو قتلها المولى قبل الدخول لا يجب
على الزوج مهرها عنده كما لو غيبها بموضع لا يمكن الوصول اليها وفي
الوبري وهذا اجماع والقتل في احكام الدنيا لم يعتبر موتا في حق
القاتل بل اعتبر اتلافا واهلاكا حتى وجب على القاتل القصاص
والدية والكفارة والاثم وحرم الميراث وكونه اتلافا ثابت في قتل
المولى امته في وجوب الكفارة والاثم ووجوب التعزير وانما لا يجب
القصاص والقيمة للتعذر حتى لو كان رهنا يضمن قيمتها واما الحرة
اذا قتلت نفسها فانما يثبت الدية المهر ولا يسقط لان جناية المولى
على نفسه غير معتبر في حق احكام الدنيا اصلا ولهذا قال ابو حنيفة
ومحمد في المسلم اذا قتل نفسه يغسل ويصلى عليه ولا يصير به
باغيا على نفسه ووجه اخر وهو ان قتل الحرة نفسها
لو اعتبر تفويتها للمهر انما يكون تفويتا بعد موتها وبالموت ينتقل
المهر الى ورثتها فلا يسقط لانه للورثة لا لها بخلاف قتل المولى
لان المهر له فكان مفوتا حق نفسه وملكه بعد موتها لا ملك غيره
وهو كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه القيمة ولو
قال اقتل ابني فقتله تجب ديته على القاتل ولا يصح اذنه في ابطال
حق الورثة كذا هنا وهذا بخلاف قتل الوارث الحرة قبل الدخول
فان المهر لا يسقط كقتل نفسها لان الوارث صار محروما عن
الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه في المهر ووجه اخر
ان القتل اثم لا بعد زهوق الروح وعند ذلك لا يمكن ان يكون قاتلة

لعدم اهليتها لذلك اذ من جملة شروط الاهلية الحياة ومتى فقدت
الحياة انتفى الموت فلا يمكن اضافته اليها ومسالة اذا قال لزوجته
ان جننت فانت طالق لا يقع الطلاق اذا جنت لان الشرط اذا تحقق ينتفي
اهلية التطليق فلا يقع بخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فانت
طالق فدخلها وهو مجنون حيث يقع الطلاق لان التعليق هنالك صحيح
اذ الدخول الذي هو شرط وقوع الطلاق لا ينافي الوقوع فصح التعليق
وايلنهم (?) اذا تزوج صغيرة وكبيرة فرضعت الصغيرة من الكبيرة
حرمتا على الزوج ولا يسقط مهر الصغيرة وان كان الرضاع فعلها
والمهر لها ولا المجنونة اذا قتلت ابن زوجها حتى بانت منه لا يسقط
مهرها بفعلها لان فعلهما لا يصلح لاسقاط حقهما لو قتلتا
مورثهما فان قيل يشكل بردتها فانها تسقط مهرها قبل
الدخول والجواب ان ردتها معتبرة في حقها اذا كانت
عاقلة مميزة بخلافه بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتحبس حتى
تتوب او تموت ولو قتل السيد زوجها لا يسقط مهرها اجماعا ولو
كان السيد صبيا تسقط وقيل لا تسقط ذكره في المصفى والله اعلم
مسالة زوج عبده امته لا يجب المهر به قال الشافعي ذكره
في المنهاج وقيل يجب ذكره في الجامع وفي الاشراف زوج امته من عبده
بغير مهر فكان ابن عباس والثوري والشافعي واحمد واسحاق
يقولون لا باس به ولا يجب شيء وقال الاوزاعي يصدقها ما شاء
ولو درهما وقال مالك لا يجوز بغير صداق فان فات الدخول مضى
النكاح وفرض ربع دينار وفي الجواهر لو زوج امته من عبده فلا
بد من مهر قال ابو بكر بن المنذر النكاح ثابت ولا يجوز ان يفسد
لفساد المهر لانعدام ذلك وقد ذكرنا بعض ذلك في كتاب النكاح
قبل هذا فوله وجه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى
عند ابي حنيفة وفي الكتاب يعني ظاهر الرواية عنهما وفي خير

مطلب جليل

مطلوب لم يذكر عنهما خلافا فانهما وفيه وعنهما بالاذن لهما وفي ملتقى البحار
الامة تحت حر او عبد لا يعزل الزوج عنها الا باذن المولى عند ابي
حنيفة رضيت الامة او لم ترض وعندهما لا يعزل عنها الا برضى الامة
رضي المولى او لم يرض وهكذا في البدائع وقاضي خان ولم يذكروا
في ظاهر الرواية وفي قاضي خان اختلاف زفر ويعقوب
على قول ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة في حق الخصومة
للمولى اذا وجد به عيبا وعلى قول زفر لها لان المقصود من قضاء
الشهوة وهو خالص حقها وجه الاول ان فيه تفويت
الولد فكانا وهو حق المولى فلا يجوز بغير رضاه وفي الجواهر
لا يجوز العزل عن الحرة الا برضاها واذنها ولا عن الامة الزوجة
الا باذن اهلها ولا يعتبر اذنها لقول ابي حنيفة قال ولا خلاف
في جوازه في السرية من غير اذنها وفي التنبيه يعزل عن زوجته
الامة ولا يطلب العزل وان كانت حرة ولم يجز الا باذنها وقيل
يجوز بغير اذنها وفي المغني لا يعزل عن زوجته الحرة الا باذنها
قال القاضي منهم ظاهر كلام احمد وجوبه ويحتمل ان يكون مستحبا
لان حقها في الوطء دون الانزال بدليل ان ذلك منه يكون فيئا ويخرج
به عن العنة واما عن زوجته فقيه احمد الاذن قال ابن حزم
في المحلى لا يحل العزل عن الحرة ولا عن الامة قال ابن المنذر في
الاشراف رخص العزل عن جاريته جماعة من الصحابة
كعلي بن ابي طالب وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب
الانصاري وابن عباس وجابر بن عبد الله وانس وابي والحسن
ابن علي وخباب بن الارت وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس
وعن ابي بكر وعمر وابن مسعود وابن عمر كراهته قال
ابن المنذر العزل مباح مطلق للثابت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لرجل كانت له جارية يعزل عنها اعزل

عنها ما شئت فانه سيأتيها ما قدر لها قال جابر بن عبد الله
الانصاري الراوي فلبث الرجل ثم اتاه فقال ان الجارية قد حبلت
قال قد اخبرتك انه سيأتيها ما قدر لها اخرجه مسلم وابو
داود وعن ابي سعيد الخدري ان رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ان لي جارية وانا اعزل عنها واكره ان تحمل وان اليهود
تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله
ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه واختلف على يحيى بن كثير
فيه فقيل عنه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر بن عبد
الله اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي مختصرا من
حديثه وقيل فيه عن ابي رفاعة كما ذكره وقيل فيه عن ابي مطيع
ابن رفاعة وقيل فيه عن ابي رفاعة وقيل فيه عن ابي سلمة
عن ابي هريرة رضي الله عنه وعن ابن محيريز قال دخلت المسجد
فرأيت ابا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل
فقال ابو سعيد خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في
غزوة بني المصطلق فاصبنا سبيا من سبي العرب فاشتهينا
النساء واشتدت علينا العزبة واحببنا العزل فاردنا ان نعزل
ثم قلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين اظهرنا قبل ان
نسأله عن ذلك فقال ما عليكم ان لا تفعلوا ما من نسمة كائنة الى
يوم القيامة الا وهي كائنة اخرجه البخاري ومسلم وابو داود
والنسائي ذكر ذلك كله المنذري وابن محيريز هو ابو محيريز
عبد الله بن محيريز القرشي الجمحي مكي نزل بيت المقدس تابعي
ثقة زاهد قال الاوزاعي من كان مقتديا فليقتد بمثل ابن محيريز
فان الله عز وجل لم يكن ليضل امة فيها ابن محيريز وقال رجاء
ابن حيوة بعد موت ابن محيريز والله كنت اعد بقاء ابن محيريز
امانا لاهل الارض ولم يذكر المنذري ولا صاحب الكمال وفاته وذكر

البخاري في تاريخه الكبير انه توفي في ولاية الوليد بن عبد الملك وعن جابر
كنا نعزل على عهد النبي صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل متفق عليه
ولمسلم كنا نعزل على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فبلغه ذلك فلم ينهنا
وقال جابر لو كان شيئا ينهى عنه لنهانا القرآن متفق عليه
وعن عكرمة ان زيدا وسعدا كانا يعزلان وعن ابن عباس
من شاء ان يعزل فليعزل وعن سعيد بن المسيب كان الانصار
لا يرون بالعزل باسا وعن ابراهيم ان علقمة واصحاب ابن مسعود
كانوا يعزلون ذكرهما كلها ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وعن
ابراهيم التيمي والنخعي ومجاهد وابن جبير وعبد الله وجابر بن زيد
انهم قالوا لا يعزل عن الحرة الا باذنها ويعزل عن الامة وهو قول
ابن عباس ذكر ذلك ابو بكر المذكور واحتج الشافعي بقول ابن
عباس وان في ترك العزل ارقاقا لولده قلنا مراد ابن عباس
الامة السرية لا الزوجة بدليل ما روى ابن المنذر في الاشراف
انه قال يستامر الحرة في العزل ولا يستامر الامة السرية واذا
جاز له اعدامه بالعزل فارقاقه احق وفي مصنف ابي بكر بن
ابي شيبة وان كانت امة تحت حر استامرها كما تستامر الحرة
وبه قال ابن مسعود وعطا والنخعي واذا لو كانت تحت عبد عندنا
وفي قاضي خان الصحابة استاذنوا رسول الله صلى الله عليه وسلم
في العزل فاذنهم وعن بعض المفسرين في تفسير قوله تعالى
فاتوا حرثكم انى شئتم عزلا وان شئتم غير عزل فان قيل
في صحيح مسلم من رواية جذامة بنت وهب الاسدية قالت
حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالوه عن العزل
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الواد الخفي قيل
له حديث جذامة تسنده ان يكون على وجه التنزيه وهو ضعيف وقالوا
كيف يصح ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم مكذبهم في ذلك ثم يخبر بخبرهم

لكن حديث

[illegible]

لكن حديث تكذيب اليهود يضطرب وحديث جذامة في الصحيح قال
قوله وان تزوجت الامة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار
حرا كان زوجها او عبدا اما اذا كان زوجها عبدا فهو اجماع واما
اذا كان حرا فهو مذهبنا قال ابن حزم في المحلى وهو قول ابن
عمر وبه قال طاووس ومجاهد وعامر الشعبي والنخعي وحماد بن ابي
سليمان والحكم وابن سيرين وسعيد بن المسيب والاسود بن يزيد
والثوري ومحمد بن مسلم وابو ثور وذكر ذلك ايضا ابن المنذر في
الاشراف وابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه قال ابن حزم وهو قول
الكوفيين قال طاووس يخير ولو كان زوجها من قريش وقال النخعي
يخير ولو كان زوجها هشام بن عبد الملك وقال مجاهد يخير ولو كان
زوجها امير المؤمنين ذكر ذلك ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وابن
حزم في المحلى واختاره ونصره وزيف قول المخالف وفي المحلى
كان ابن عمر يجعل الخيار في الحر قال ابن حزم وبه نقول [illegible]
والمكاتبة كالامة عند الجمهور وقال قوم لا يخير المكاتبة وصح ذلك
عن الحسن وهو قول عطا وابي قلابة وعبد الله بن زيد الحكمي وقال
سفيان الثوري ان تزوجها بعد الكتابة فلا خيار لها وان تزوجها
وان تزوجها قبل الكتابة فلها الخيار وقال قوم انما تخير تحت
العبد ولا تخير تحت الحر وهو قول الحسن والزهري وابي قلابة
وعطا وعروة ونسب ذلك الى ابن عباس قال ابو محمد ولا نعلم
هذا عنه وهو قول ابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك والشافعي وابن
حنبل وابن راهويه وابي سليمان وداود الظاهري واحتجوا
بحديث بريرة من رواية عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه
وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه مسلم وابو داود وابن ماجه
وعن عروة عن عائشة ان بريرة اعتقت وكان زوجها عبدا
فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حرا لم يخيرها

رواه مسلم وابو داود والترمذي وصححه وعن عروة عن عايشة
ان بريرة اعتقت وزوجها عبد اسمه مغيث فخيرها رسول الله
صلى الله عليه وسلم الحديث رواه ابو داود وعن قتادة عن عكرمة
عن ابن عباس قال كان زوج بريرة عبدا اسود اسمه مغيث لبني فلان
قال انه مغيث كاني انظر اليه يطوف في سكك المدينة وراءها
ودموعه تسيل على لحيته رواه ابو داود وفي رواية كان عبدا
اسود لبني مغيرة قالوا ولانه لا ضرر عليها ولا عار اذا كان زوجها
حرا فلا يثبت ولو عتق الزوج قبل خيارها ثبت لها
الخيار في احد الوجهين فيبطل تعليلهم ولو عتق وتحته امة يخير
في احد الوجهين ولنا ما حدث الاسود بن يزيد النخعي عن
عايشة ان زوج بريرة كان حرا حين عتقت وانها خيرت فقالت
ما احب ان اكون معه ولي كذا وكذا قال المنذري رواه البخاري
وابو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه والعهدة عليه
ورواه البزار ايضا في مسند ام المومنين وقال الترمذي
حديث حسن صحيح وفي صحيح مسلم من رواية شعبة عن عبد
الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عايشة قال عبد الرحمن وكان
زوجها حرا وفي المنتقى لابن تيمية قال رواه الخمسة ولم يذكر
البخاري وقد نص على صحة رواية الاسود الترمذي وابو محمد
ابن حزم في المحلى وقال ابو الفرج بن الجوزي في التحقيق ان الحديثين
صحيحان ومن غير رواية الاسود عن قاسم بن اصبغ من رواية
موسى بن معوية قال كان زوج بريرة حرا ذكره في الالمام وقال
ابو محمد بن حزم روى ذلك عن عايشة ثلثة الاسود بن يزيد وعروة
والقاسم اما الاسود فلم يختلف عنه عن ام المومنين انه كان
حرا واما عروة فقد اختلف عنه في ذلك قال ابو محمد حدثنا احمد
ابن قاسم قال حدثنا ابو قاسم بن محمد بن قاسم قال حدثنا جدي

قاسم بن اصبغ قال حدثنا احمد بن يزيد المعلم قال حدثنا موسى بن
معوية قال حدثنا جرير عن هشام عن عروة عن ابيه عن عايشة
قال كان زوج بريرة حرا فلما عتقت خيرت قال واما القاسم بن محمد
فروينا عنه من طريق احمد بن شعيب قال اخبرني محمد بن اسماعيل
ابن علية حدثنا يحيى بن ابي كثير اخبرنا شعبة عن عبد الرحمن
ابن القاسم بن محمد عن ابيه عن عايشة وذكر ان زوج بريرة كان
عبدا ام قال عبد الرحمن بعد ذلك ما ادري فاضطربت الرواية
عن ام المومنين ورواية ابن عباس رضي الله عنه عارضتها رواية
ام المومنين انه كان حرا حين اعتقت قال ورواية ابن عباس
ورواية عايشة رضي الله عنها صحيحتان لان الاسود عن
عايشة ام المومنين والرواية الاخرى عن عايشة معارضة
انتهى كلام ابي محمد وفي كتاب الحافظ ابي بكر البزار البصري
من مسند ام المومنين عايشة قال كان ابو بكر نا احمد بن عمرو
قال حدثنا محمد بن المثنى وعمرو بن علي قالا نا محمد بن جعفر قال حدثنا
شعبة عن الحكم عن ابرهيم عن الاسود بن يزيد عن عايشة
انها ارادت ان تشتري بريرة فشرطوا ولاها فقال رسول الله
صلى الله عليه اشتريها فاعتقيها فان الولا لمن اعتق واتي بلحم فقيل
له هذا ما تصدق به على بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية
وخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها حرا
وفي الدارقطني عن الاسود عن عايشة ان زوج بريرة كان حرا
يوم اعتقت وفيه انه قد عتق بضعك وذكر شمس الدين
سبط ابن الجوزي عن ابن عباس ان زوجها كان حرا وفي المنهاج
كاتبت بريرة مكاتبة وفي   قالت ان اهلي كاتبوني
على تسع اواق في تسع سنين كل سنة اوقية اشترتها عايشة
رضي الله عنها واعتقتها متفق عليه ولانها كانت امة زوجت

بغير رضاها لانها تجبر على النكاح اجماعا فلا اعتبار برضاها فاذا
اعتقت ثبت لها الخيار الذي يمكن في حال الرق ولم يذكروا
عنا غير هذه العلة والعلة المشهورة عند علمائنا ان الامة
مملوكة بطلقتين فاذا اعتقت صيرت مملوكة ثلاث
طلقات فيملك الزوج عليها زيادة قيد فكان لها هذا الخيار
دافعة الزيادة عليها برفع اصل النكاح لان مراعاة حقها
في الشرع اولى من مراعاة حقه كالجب والعنة مع الرضا
والموت على المعروف والدليل على ان الامة مملوكة بطلقتين
والحرة بثلاث ما اتى في كتاب الطلاق قال البيهقي ادرج الوركي
في الحديث عن عائشة ان زوجها كان حرا وهو من قول
الاسود وليس هو عن عائشة وادعى البيهقي الادراج على ابي
داود وعلى شعبة وعلى ابرهيم وعلى الحكم وعلى الاسود
وهذا تخليط كثير منه وقد قال الترمذي عن الاسود عن عائشة
قالت كان زوج بريرة حرا ثم قال وهذا حديث حسن صحيح
فبطل بهذا دعوى البيهقي انه مدرج ولانه اذا ثبت عندهم قول
عائشة انه كان حرا ساغ للرواة كلهم ان يقولوا كان حرا من
غير ان يصرحوا بقولها رضي الله عنها ولو لم يثبت ذلك عندهم
لا يسوغ لهم ان يقولوا كان حرا غير مستند وكان فيه
تفسيق الثقات وهؤلاء كلهم ثقات اما الاسود بن يزيد بن
قيس النخعي ابو عمرو وقيل ابو عبد الرحمن الكوفي اخو عبد الرحمن
ابن يزيد وابن اخي علقمة بن قيس وهو خال ابرهيم بن يزيد
النخعي فقد رأى ابا بكر وعمر وعليا وسلمان الفارسي وعبد الله
ابن مسعود ومعاذ بن جبل وابا موسى الاشعري وعائشة رضي
الله عنهم وروى عنهم توفي سنة خمس وسبعين وهو تابعي كبير
روى له الجماعة ذكره في الكمال واما ابرهيم بن يزيد بن قيس

النخعي الكوفي فقيه اهل الكوفة جليل القدر قال في الكمال
مات مختفيا من الحجاج سنة ست وتسعين وهو ابن تسع
واربعين سنة وقيل ابن خمسين سنة روى له الجماعة والله اعلم
قلت الحجاج هلك سنة خمس وتسعين ذكره النووي
في تهذيب الاسماء واللغات فكيف يكون مختفيا منه بعد
موته بسنة وشعبة بن الحجاج بن الورد العتكي الازدي مولاهم
ابو بسطام الواسطي قال سفيان شعبة امير المؤمنين في
الحديث وكان حافظا متقنا ورعا فاضلا وتوفي بالبصرة
سنة ستين ومائة وعمره سبع وسبعون سنة روى له الجماعة
وقال البيهقي رواه البخاري في الصحيح هكذا في السنن
الكبير عن موسى بن اسماعيل عن ابي عوانة ثم قال حديث الاسود
منقطع قلت لم يبين كيفية الانقطاع والانقطاع
انما يكون اذا لم يمكن ان يجتمع الراوي بمن روى عنه ومع
الامكان لا يحمل على الانقطاع وكان يجب ان يبين ذلك والحكم
مسلم بامكان اللقاء ورد من خالف ذلك في مقدمة كتابه
وقال ابن القطان في الوهم والايهام مذهب مسلم قول
الجمهور واشترط البخاري وعلي بن المديني اللقاء ولو مرة لكن
لا يقولان انه منقطع ولكن لم يثبت سماع احدهما من الاخر
وعند الجمهور متصل فان كان البخاري يبني ذلك على اصله فلا
يسلم منه ومع انه لا يقال فيه منقطع وقال النووي رواية
من روى انه كان حرا غلط وشاذة مردودة وقولها لو كان
حرا لم يخيرها مثل هذا لا يكاد احد يقوله الا توقيفا
قلت هذا كلام وعصبية من النووي من غير نظر وقد
ذكرنا عن المتقدمين من الحفاظ كالترمذي وابي محمد بن حزم وابي
الفرج بن الجوزي انه صحيح والنسبة بين النووي وابي محمد بن

ومن واحد منهم فلا يلتفت الى قوله وقوله لا يكاد احد يقوله الا توقيفا
غير صحيح فانه في محل الاجتهاد والظاهر انها قالته اجتهادا
ان ثبت عنها وهو الذي يليق بروايتها الاخرى قال ولئن لم اضعفها
والانكار اذا كان يعتبر خبر باطل من الوجهين اللذين ذكرناهما مع ان
كلامه فيه مناقض فانه قال بعد هذا اوجب ترجيح الرواية التي
جاءت بكونه عبدا والترجيح بين الروايتين انما يكون بعد الاستواء
في الصحة بامر خارج والغلط والموضوع او الضعيف لا يعارض
الصحيح حتى يحتاج الى ترجيح الصحيح على الغلط والموضوع
والشاذ هو ما خالف رواية الثقات وما انفرد به من لا يحتمل
حاله ان يقبل ما انفرد به ذكره شيخ تقي الدين بن دقيق العيد في
علوم الحديث له فكيف يحل له ان يقول في حديث الثقات الحفاظ انه
غلط شاذ مردود لمخالفته مذهب مقلده وقال صاحب المفهم
في شرح مسلم لو كانت علتهم صحيحة يعني العلة الاولى لما كان الحكم
الذي هو الخيار لكل من تزوج في حال الصغر ذكرانا واناثا ما اذا
زال عنهم سبب الاجبار والخيار بسبب يثبت بالاجماع لغيرها
فلم يجز في نقل الاجماع بغير علم وعنده وعند جماعة
من السلف يثبت الخيار للاحرار اذا بلغوا الا في حق الاب
والجد لوفور شفقتهما والمالك اجنبي مع ان الفرق ظاهر اذ لا
خيار بسبب الرق دائم والاجبار بسبب الصغر يزول بالبلوغ
فليس الضرر الموقت كالضرر المؤبد فافترقا وفي الجامع زوج
امته الصغيرة ثم اعتقها فلها خيار العتق دون خيار البلوغ
فجعلوا المولى كالاب ويمكن ان يكونوا قد اكتفوا بالاقوى
عن الاضعف نص عليهما في الذخيرة ومنهم من قال بالاول
وهو الاصح وهذا لا يثبت الخيار للعبد لو عتق ولو كانت امته
الصغيرة فعلى هذا فان زوجها برضاها جاز وبغير رضاها

لم يجز الا باجازتها لانها تقول العقد لحقت بالبالغة حتى كانت
احق بنفسها ومكاسبها فان اذن فعتقت فكذلك ونكاحها موقوف
فان اجازه المولى جاز وان ابت فلها خيار البلوغ دون خيار العتق
لانه نفذ عليها بعد العتق وولاية المولى قاصرة كغير الاب والجد
ولو اجازت بعد العتق لم يجز حتى يجيزه المولى وهي من ادق المسائل
فانه يجوز اجازتها وهي صغيرة رقيقة ولا يجوز اجازتها وهي حرة
وان عجزت بطل نكاحها ولم يجز باجازة المولى لطرو ان كمل البات
ولو زوج مكاتبته الصغيرة برضاها ثم عتقت فلها خيار
العتق لان رضاها معتبر وطعنوا في حديث مسلم قال شعبة
ثم سالت عبد الرحمن فقال لا ادري بعد روايته انه كان حرا والله اعلم
قلت لا يضر قوله لا ادري بعد الجزم من القول الثقة
لانه يجوز ان يكون قد نسيه وهذا متعين ولو جحده اصلا لا يقدح
عندهم في الرواية المتقدمة لاحتمال النسيان فكيف اذا قال
لا ادري وقد ذكر ابو محمد في المحلى في حديث عائشة انه كان عبدا
وفيه قال حدثنا شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم ثم قال عبد
الرحمن بعد ذلك ما ادري فلم يعملوا ما بعدها واجابوا عن
حديث ابن عباس من وجهين اخرين احدهما ان مداره على عكرمة
مولاه وقد انكر عليه مالك ويحيى بن سعيد وقال ابو حاتم لم يكن
عندي ثقة ولم اكتب عنه وقال محمد بن سعد ليس يحتج بحديثه
وتكلم الناس فيه ومسلم لم يخرج حديثه والخرج مقلد والوجه
الثاني ان الراوي عنه مدلس وهو قتادة وقد قال فيه قتادة
عن عكرمة والمدلس متى قال عن فلان كان في حكم المنقطع فلا يكون
حجة ذكره ابو محمد بن حزم والبيهقي وابن الصلاح والنووي وابن دقيق
العيد في علوم الحديث قال الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد
المشهور عن المدلس اذا قال عن فلان لا يحمل على السماع حتى يبين الراوي

ذلك وما لم يبين فهو كالمنقطع وفي علوم الحديث لابن الصلاح اختلفوا
في قبول رواية من عرف بذلك فجعله فريق من أهل الحديث والفقهاء
مجروحا بذلك وقالوا لا تقبل روايته بحال بين السماع او لم يبين
وقال شعبة التدليس أخو الكذب وعنه أنه قال لأن أزني أحب
إلي من أن أدلس والصحيح التفصيل وهو أنه إن قال سمعته أو حدثنا
أو أخبرنا ونحوها فهو مقبول وقال الحافظ أبو جعفر الطحاوي
والحافظ أبو محمد بن حزم الظاهري ورد على داود الظاهري
فيه إن أولى الأشياء إذا جاءت الآثار هكذا ووجدنا السبيل
إلى حملها على وجه لا يقع فيه التضاد والتكاذب أن نحملها على
ذلك ولا نحملها على التضاد والتكاذب وأن حال رواتها عندنا
محمول على الصدق والعدالة فيما رووا ولا يجوز بأن نحمل بأحد الحديثين
ونحكم على الآخر بالغلط والكذب وكان زوج بريرة قد قيل فيه
أنه كان عبدا وقيل فيه أنه كان حرا فيجعله عبدا في حال حرا
في حال أخرى ويجب بأخر إحدى الحالين عن الأخرى والرق
قد يكون بعد الحرية ولا يكون بعدها الرق إلا في حالة نادرة فيجعل
حال العبودية متقدمة على حال الحرية وحال الحرية متأخرة
عن حال الرق فثبت بذلك أنه كان حرا في وقت ما خيرت وعبدا
قبل ذلك فهكذا نصحح الآثار ومن قال إنه كان عبدا أحسن حين
لم يطلع على إعتاقه لأن المولى يسر به ومن قال أنه كان حرا فقد
علم بإعتاقه وهو العذر لمن روى أنه كان عبدا لا أنه قد علم أنه
عبد ولم يثبت عنده أنه زال العدم اشتهار عند الناس ونظير هذا
قول عائشة كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات يحرمن
نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي رسول الله صلى
الله عليه وسلم وهي مما يتلى من القرآن وهو يدل على قرب عهد
النسخ من وفاته صلى الله عليه وسلم لا أنه لا نسخ بعد وفاته

وكان من لم يبلغه النسخ يقرأها كما أن من لم يبلغه إعتاقه يقول أنه
عبد وهذا متعين قال أبو محمد ولأن من قال أنه كان حرا عنده
زيادة علم لم تكن عند من قال أنه كان عبدا ورواية عائشة نفسها التي
سيقت ولو كان حرا ما خيرها ليس فيه أنه من كلام أم المؤمنين
وقد يمكن أن يكون من كلام من دونها فلا يجوز أن ننسبه إليها قول يوهم
ثم إنه لا يختلف المالكي والشافعي والحنبلي والظاهري في أن
عدلين لو شهدا إنا نعرفه هو مملوك لفلان وشهد عدلان
آخران بأنا نعرفه هو حر فإنه يجب الحكم بالحرية دون الحكم
بالرق لأن عنده فضل علم ليس عند غيره ثم نا هبك أنه
لو لم يرو واحد أنه كان حرا بل لم يختلف الرواة أنه كان عبدا
حتى أعتقت فهل حافظ روى في شيء من الأخبار الثابتة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال إنما خيرتها لأنها تحت عبد ولو كانت
تحت حر ما خيرتها هذا أمر لا تجدونه أبدا عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا في رواية صحيحة ولا سقيمة فحينئذ
لا فرق بين من يدعي أنه إنما خيرها لأنه كان عبدا وبين آخر
يدعي أنه إنما خيرها لأنه كان أسود وآخر يدعي أنه إنما خيرها
لأن اسمه مغيث كل ذلك ظنون كاذبة لا يحل القول بها وإنما
الحق أنه خيرها بين المقام معه وبين فراقه ولا نزيد كما خير
كل مفتقد ولا نزيد ولأن مفهوم العبد مفهوم اللقب وهو ليس
بحجة عندنا ولا عندهم إلا عند الدقاق قال الشيخ شهاب
الدين القرافي في الفروق إن مفهوم اللقب أصله تعليق الحكم
على العلم كقوله تعالى محمد رسول الله ويلحق به أسماء الأجناس
حكاه عن التبريزي كقوله صلى الله عليه وسلم وترابها
طهورا وقوله ثم اغسليه بالماء واستدلال الشافعية بذلك
لا يصح لأنه ليس بحجة عندنا ولا عندهم فكذا مفهوم العبد لو لم

بات وكان زوجها حرًا ورووا ايضا انها امة عتقت وكانت تحت
عبد فهي بالخيار ذكره في المحلى وقال هو من رواية حسن
ابن عمرو بن امية وهو مجهول فسقط الاحتجاج به ثم لو صح لم
يكن فيه الا حكم العبد دون الحر وتعلقوا ايضا بخبر روي
عن عايشة انها كان لها عبد وجارية فامرها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان تبدا بالعبد وهو خبر لا يصح قال
العقيلي لا يعرف الا بسعيد بن عبد الرحمن وهو ضعيف ثم لو
صح لا حجة فيه لانه لم يذكر انهما كانا زوجين واقحام هذا في ذلك
الخبر كذب عظيم لا يستحسنه الا ارباب الكذب لا سيما على رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقد يجوز لو صح انهما كانا زوجين ان يكون
امرها بالبداءة بالزوج لفضل الرجال على النساء قال الله
تعالى وللرجال عليهن درجة وقال حكاية عن ام مريم وليس
الذكر كالانثى وفي صحته احوان قوله صلى الله عليه وسلم
اذهبي فقد عتق بضعك معك كما رواه الدارقطني فقد جعل
علة الخيار عتقها مثل سها فسجد وزنى فرجم ونحو ذلك والحكم
يعم بعموم العلة كما في ساير العلل الشرعية العقلية وفي
الذخيرة لو قال لها وهي امة ان دخلت فانت طالق ثلاثا
فاعتقت فدخلت الدار تطلق ثلاثا دل على ان الزوج يملك الثلث
على الامة قبل ان تعتق لكن في الزيادات ما يدل على خلافه
وهو انه لو طلقها طلقتين قبل العتق لا تحل له الا بعد زوج اخر
فلو كان يملك الثلث لما حرمت عليه حرمة غليظة
بالثنتين وخيار المكاتبة بالعلة الثابتة وهي ازدياد الملك
فان المكاتبة مملوكة بطلقتين لغيرها وكذا عدتها حيضتان
وقد تقدم ان خيارها يمتد الى اخر المجلس ويبطل بالاعراض
والقيام عن المجلس بالوطي روي ذلك عن عمر وابنه وعبد الله

ابن عمرو وحفصة وسليمان بن يسار وابي قلابة ونافع والنخعي
وان وطيها ولم تعلم بالخيار فهي على خيارها وهو قول الحسن
وحماد وسعيد بن المسيب والحكم والنخعي وقال ابو الفرج في
التحقيق لها الخيار ما لم تمكنه من وطيها وللشافعي ثلاثة
اقوال احدها هذا والثاني الى ثلاثة ايام والثالث على الفور
وقالت الظاهرية هي على خيارها ابدا حتى تختار وعن عمر
ابن الخطاب في حديث بريرة ان غشيها زوجها فلا خيار
لها وعن حفصة انها اعتقت جارية لها ز ثم قالت
ان وطيك زوجك فلا خيار لك وعن ابن عمر قال ان اصابها
وقد عرفت ان لها الخيار فليس لها الخيار وان لم تعرف فلها
الخيار وان وطيها الف مرة وعن ابن مسعود قد سمي معه
الخيار حتى يموت او يمسه وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه
قال لبريرة ان قربك فلا خيار لك وفيه ابو الاصبغ الحراني
ضعيف منكر الحديث ثم اختلفوا في اختيارها نفسها هل
هو طلاق او فسخ فصح عن قتادة انها واحدة بائنة وهو قول عمر
ابن عبد العزيز وابي حنيفة ومالك واصحابهما وصح انه فسخ
لا طلاق عن حماد وابن هيثم والنخعي وهو قول طاوس وبه
قال الشافعي وابن حنبل وابن راهويه وداود واصحابهم والله اعلم
قلت وهو قول ابي حنيفة واصحابه ونقله عنهم غلط
وان كان ذلك قبل الدخول فلا شي لها من الصداق فقال قوم لا
صداق لها صح ذلك عن الزهري قلت وهو مذهبنا
وبه قال الجمهور وقال قتادة لها نصف الصداق وقالت
الظاهرية لها الصداق بكماله وكذا اوجبوا للمرتدة
قبل الدخول جميع صداقها قال ابن حزم ابطل قوم صداقها
بذلك وهو اعون للشيطان في صدعن الاسلام وهل صداقها

الا الذين لها قبله ولنا ـــــ ايجاب جميع الصداق للمرتد قبل
الدخول هو العون للشيطان وتقوية له على الكفر والطغيان وذلك
منه جهل وهذيان قال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
عن ابن عباس انه قال لا شيء لها لا يجمع عليه مذهب نفسها ومالها
قال وهو قول الحسن وابراهيم ومجاهد وقال مالك هو طلاق
لا فسخ ولا شيء عليه صداق ذكروا فوائد في حديث بريرة تربو
على مائة فائدة وجمع الطبري في ذلك ستة اجزاء وبريرة
فعيلة من البر ويحتمل ان يكون بمعنى بارة وبمعنى مبرورة ثم
اختلفوا في بيعها وهي مكاتبة قبل شراء عايشة لها كان باذن
رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو فسخ للكتابة ومن لم يجز
بيع المكاتب برضاه قال لم يكن نجز كتابته ولم تكن الكتابة
عقدت بعد وحديث عايشة يبطل هذا التاويل مع قولها
فاعينيني وقد عجزت عن الاداء فلا بقاء على فسخها وعندنا
المكاتب ينفرد بفسخها وبيعها برضاها فسخ للكتابة
في الاصح وقوله صلى الله عليه وسلم لعايشة اشتريها واعتقيها
واشترطي لهم الولاء تفرد بهذه الكلمة هشام بن عروة وهي
مشكلة لانها امر باشتراط ما لا يجوز وهو غرر لمن لا يعلم
ذلك ليتم البيع والنبي صلى الله عليه وسلم منزه عن مثله
فلذلك انكر يحيى بن اكثم على هشام حيث انفرد بها عن
الحفاظ والجمهور على صحة ذلك وتاولوه على وجوه الوجه
الاول ان اللام بمعنى على كقوله تعالى وهم اللعنة وان اساتم
فلها والوجه الثاني قوله صلى الله عليه وسلم اشترطي لهم ليس
على جهة الاباحة بل معناه انه لا تنفعهم ذلك الاشتراط لهم او
لا تشترطي وقووا ذلك بما جاء من رواية ايمن المكي عن عايشة
انه قال لها اشتريها ودعيهم يشترطون والوجه

الثالث ان ذلك كان قد اشتهر عندهم وعلم بطلان اشتراطه
فكان الامر به على وجه التهديد والدليل عليه قوله ما بال رجال يشترطون
شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب
الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق
والوجه الرابع ما رواه الحافظ ابو جعفر الطحاوي عن
الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة عن
النبي صلى الله عليه وسلم اشترطي الولاء اشتريها وقال معناه
اظهري لهم حكم الولاء لان الاشتراط هو الاظهار روى قال اوس
ابن حجر فاشترط فيها نفسه اي اظهر نفسه
لما حاول ان يفعل قال القرطبي هذه الرواية انفرد بها الشافعي
عن مالك والجمهور من الائمة الحفاظ على خلافها وقوله
ليس في كتاب الله اي لا باصله ولا تفصيله وذكر المائة للتكثير
يعني الشروط التي هي غير مشروعة باطلة وان كثرت وفي
الجواهر لو عتق الزوج قبل ان تختار نفسها فلا خيار لها
وعندنا لها الخيار وهو احد الوجهين للشافعية قال
طلقها الزوج رجعيا فلها الخيار وبائنا فلا معنى للخيار
وفي الذخيرة لو عتقت في العدة من طلاق رجعي فلها الخيار
وان كانت صغيرة تنتظر بلوغها ولو شاءت اختارها في حال
الحيض امرت بالتاخير الى زمن الطهر فان طلقت وقعت
ان شاءت وعندنا لها ان تختار نفسها في حال الحيض لانه
فسخ لا طلاق عندنا وعند المالكية طلاق ولانها مضطرة
لا اختصاص له بالمجلس وكذا خيار البلوغ والعنة ذكر ذلك
في المحيط فان عتق الزوج قبل الطهر قال ابن القاسم في
العتبية هي على خيارها وقد قال قبل هذا لو عتق الزوج قبل
ان تختار فلا خيار لها لزوال علته على اصلهم وهذا يناقضه

وقال ابو الحسن اللخمي الصواب ان لا خيار لها لان السبب قد زال وهي
زوجة واختيارها نفسها عندهم طلقة بائنة او رجعية فيه
قولان للمالكية وقال اللخمي هذا مشكل كيف يصح رجعتها
والطلاق بيده وانما هو حق عليه انتهى قلت وهو مصادم
لحديث بريرة ان زوجها كان يطوف وراءها في سكك المدينة
ودموعه تسيل على لحيته والنبي صلى الله عليه وسلم يشفع له
فلو كان له ولاية رجعتها لم يحتج الى شيء من ذلك ولامر النبي صلى
الله عليه وسلم برجعتها مع شدة حبه لها ولو كانت جاهلة
بالحكم فالمشهور سقوط خيارها والساد سوية وقال بعض
المالكية هو الصحيح لمذهبنا قال ابو الحسن اشتهر الخيار
بالمدينة حتى لم يخف وعليه تكلم مالك قلت الا ان تعذر بالجهل
بالخيار اذ هي مظنة الجهل لانها لا تتفرغ لتعلم احكام الشرع
لاشتغالها بخدمة المولى وشهرته بالمدينة لا تفيد شهرته
في جميع البلاد الاسلامية ولو كانت غائبة عند عتقها
فاختارت نفسها ثم ثبت ان زوجها عتق قبل ان تختار نفسها
بطل خيارها وهو يقوي الاول وقوله وان تزوجت امة بغير
اذن مولاها ثم اعتقت بعد نكاحها فلا خيار لها لان نفاذه
بعد عتقها وتقدم ذكرها في اول ... فلا نعيدها
قوله ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه
قيمتها ولا مهر عليه وهذا اذا ادعاه الاب وقال زفر والشافعي
وابن حنبل يجب المهر واجمعوا على ان الاب يحرم عليه وطء امة ابنه
وفي المنهاج يجب به عليه مهر لا حد على المذهب وفي القديم يجب
الحد فان احبلها فالولد حر نسيب وتصير الجارية ام ولد في
الاظهر اذا لم تكن ام ولد لابنه وعليه قيمتها مع المهر لا قيمة ولد في
الاصح وفي البسيط لو ولدت منه هل ينتقل الملك اليه قبل العلوق

او معه او بعده وجوه وجه تقدم الملك كي يكون وطؤه حلالا لا
يعطيها حرمة الابوة ويكون الولد من وطء حلال فلا تجب قيمته
ولا عقر كقول علمائنا الثلاثة ولان الملك شرط لصحة الاستيلاد
وشرط الشيء يتقدمه كالطهارة للصلاة والاصح عندهم ان الملك
يحصل مع العلوق ولا تجب قيمة الولد وفي المغني ان علقت منه صارت
ام ولد له وهو قول الثوري واسحق ذكره ابن المنذر وقال ابو ثور
ان علم انها لا تحل له يجب الحد ويلزم الاب قيمة الجارية ولا
عقرها ولا قيمة الولد عند احمد لما قال وقال الشافعي يلزمه ذلك
كله اذا حكم بانها ام ولد وهذا بناء على ان الاب لو اتلف مال ولده
فليس له مطالبته بقيمته ولا يثبت له عليه عند الحنابلة وهو
ضعيف وفي البسيط الظاهر ان الاستيلاد يثبت ويجب على
الابن اعتاقه وقال ابو حنيفة لا يجب الحد وصار المزني وذكر
ابن حمران قول الشافعي كقول ابي حنيفة وهو القياس واخرج
العراقيون والمراوزة المسألة على قولين اذ لم يثبت فيه حديث
وليس يلوح فرق بين الاب والابن انتهى كلام صاحب البسيط وفي
الزيادات وذكر محمد بن سماعة عن ابي يوسف ان الاب يقوم العقر
ولا تصير الجارية ام ولد ويقوم قيمة الولد كما في دعوى المولى ولد
جارية مكاتبه والفرق ان الاب له في جارية الابن حق
التملك لا حق الملك ولا حقيقته بدليل حل الوطء للابن هكذا في قاضي خان
والحواشي قال ولو كان للاب حق في مال الابن لم يحل للابن وطء جاريته
كما لا يحل للمولى وطء مكاتبته لما له في نفسها حقا فالاب بمنزلة
الواهب لاجنبي فان له حق التملك في الجارية الموهوبة لا حق
الملك ولهذا يحل له التزوج بالجارية الموهوبة قبل رجوعه في
هبته وحق الملك يمنع النكاح كحقيقته والممنوع بقاؤه لانه دونه فالملك
يمنع النكاح ويرفعه اذ هو اقوى الثلاثة وحق الملك يمنعه ولا يرفعه

وحق المالك اضعف من الكل لا يمنع النكاح ولا يرفعه وعلل المسألة
في الكتاب بان الاب له تملك مال ابنه للحاجة الى بقائه فله تملك
جاريته للحاجة الى بقائه فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة
ماله غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا
يملك جاريته عند العلوق بالقيمة والطعام بغير القيمة نظيرها
لو اختلطت الذكية بالميتة والذكية غالبة يتحرى ولو اختلطت
جواريه او زوجاته باجنبية لا يتحرى لان الطعام الحاجة الى
الطعام امس حتى ابيحت الميتة في حال المخمصة ولا يباح الوطي
الحرام بالضرورة فيكون الوطي قد لاقى ملك نفسه فلا يلزم العقر
ولا قيمة الولد لانه علق حر الاصل وفرقا بينها على الجارية المشتركة
حيث لا يحتاج فيها الى سبق ملك نصيب الشريك لان الملك فيها كان
للاستيلاد حتى لو كانت الجارية المشتركة بين الاب والابن فوطيها
الاب فولدت منه فادعاه الاب يجب عليه العقر في نصيب ابنه
ولذا لو كان وطي الاب لجارية الابن غير معلق يجب العقر لعدم
ملك الجارية اصلا لا بوصف التقدم ولا بوصف التاخر وانما يثبت
للاب الملك فيها لضرورة صحة الاستيلاد فلا يثبت بدونه ذكر في الحواشي
وقال ابن قدامة في المغني وقال ابو حنيفة يلزمه قيمتها لانها حرمت
على الابن فوطيها كاتلافها وغلط في النقل عن الامام وهو كثير
الخطا والغلط في نقل مذهبنا ولو كان الابن زوجها اباه جاز النكاح
عندنا وهو قول اهل العراق وعند اهل الحجاز لا يجوز وهو قول
ابن حنبل وعند الشافعي فيه تفصيل قال في البسيط ان قلنا انه
لا يتزوج بجارية الاجنبي لانه موسر بالولد فلا يصح نكاحها وان
قلنا يتزوج جارية الاجنبي لو كان الابن معسرا لا يملك غير جاريته
وهي ابنته ما عداه ينبني صحة نكاحه على حصول الاستيلاد لو وطي
جاريته ولذا ان قلنا الحمل الاستيلاد لم يصح نكاحه ويلتحق الابن

بالاجنبي

بالاجنبي وان قلنا لا يحصل لم يصح نكاحه ولو كان الاب عبدا جاز نكاح
جارية ابنه بالاجماع وفي المبسوط لا يجوز للاب ان يتزوج بجارية ابنه
عند الشافعي فيشكل هذا بناء على ان الحر لا يتزوج امة عند طول
الحرة ويجب على الابن اعفاف ابيه فيستغني به عن نكاح الامة
قال لكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج امة غيره صح النكاح
اذا لم يكن في ملكه ما يتزوج به الحرة والاصح انها مسألة مبتداة
قلت في صحة التزوج بامة الاجنبي خلاف عندهم وفي
المحلى جائز للوالد ان يتزوج بامة ولده التي لا تحل لولده والام
ان تتزوج بامة والده التي لا تحل لوالده استدل في المغني بحديث
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه صلى الله عليه وسلم قال انت
ومالك لابيك رواه ابن حنبل وعنه صلى الله عليه وسلم قال اطيب
ما اكلتم من كسبكم وان اموال اولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا رواه
البخاري قال ابن قدامة ولانه لو ملك حرا منها لا تحل له نكاحها
وهي مضافة فجعلها شبهة اولى بالتحريم قلت هذا ليس
بشي وهو مغالطة واعتبار تملك حرمتها باطل ببيان بطلانه
ان ملك حرمتها يحرم على مالك ابيها وطيها وهنا اضافة الجارية
الى الاب لا تحرم وطيها على الابن فبطل قياسه فضلا عن دعوى
الاولوية ولان من ملك حرا منها ثم اعتق ذلك الحر صح والاب الذي
اضيف الجارية اليه لا ينفذ اعتاقه لا في الكل ولا في البعض
ويحل للابن وطيها وبيعها وهبتها وجميع التصرفات المختصة
بالملك ولا يصح من الاب شي من ذلك واللام في الحديث للحل لا للاختصاص
لا للملك وبذلك ظهر ان اضافته الى الابن في قوله ومالك لابيك وص
ثم انه قد ينتقض كلامه فانه قال لا يحل للاب وطي جارية ابنه
ولا يحل للابن جارية ابيه وقد اضيفت الى الابن حقيقة فان
كانت اضافته مملكا ينبغي ان يحل له وان لم يكن فاضافته ملك ينبغي ان

يجوز تزوجه بها ولا شك في ان الاضافة الى الاب ليست لاضافة ملك
والحديث الاول غير ثابت والحديث الثاني ورد في الاكل نصا
ويدل على صحة ما قلناه ما رواه الدارقطني في سننه من طرق
انه صلى الله عليه وسلم قال لا يعتق الرجل ما لا يملك علما لم ينفذ
اعتاق الاب جارية ابنه دل على انه غير مالك لها فان ولدت
منه لم يصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها
حر لانه ملكه اخوه يعتق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه ابو داود والنسائي
والترمذي على ما ياتي ما فيه من الخلاف في كتاب العتاق
ان شاء الله تعالى وفي المنهاج لو ملك الابن زوجة والده الذي
لا تحل له الامة لم ينفسخ في الاصح وليس له نكاح امة مكاتبه
كقولنا فيهما وخالف في المكاتب بملك زوجة سيده حيث
ينفسخ النكاح في الاصح وعلى هذا الخلاف العبد يتزوج ام سيده
عندنا يجوز وعند اهل الحجاز لا يجوز كسيدته وقال ابن
حزم جائز للعبد نكاح ام سيدته وسيده وبنت سيده
ولحرمة ولعل من منع من ذلك لحجة الا انه قد يرثها وترثه
وينفسخ النكاح فكان ماذا وقد يشتريه ويشتريها ولا فرق
فولد [illegible] واذا كانت حرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه
عني بالف ففعل فسد النكاح اي انفسخ وهو قول الشافعي
وقال زفر لا يفسد واصله ان العتق يقع عن الامر في هذه المسالة
عندنا وعنده عن المامور ويكون الولاء له ولو نوى به
الكفارة يخرج عن عهدتها عندنا وعنده للمامور والاعتاق
عنه وفي المدونة اعتق عبده عن امراة حر العبد فولاه
ولا ينفسخ النكاح لانها لم تملكه ولو وهبت مالا لسيده رجاء
على ان يعتقه عنها فسخ النكاح وذلك شرا الرقبة وولاوها

وقال اشهب لا ينفسخ نكاحها لانها لم تملكه ثم قلت
وعندهم يجوز الاعتاق عن الغير وحصل الولاء له والاصل عندنا
ان الملك يثبت للزوجة بطريق الاقتضاء تصحيحا لقولها
لانه كانها قالت ملكني عبدك بالف ثم كن وكيلي في الاعتاق عني
ولو صرحت بذلك يثبت الملك لها نفسا سابقا على الاعتاق كذلك
ها هنا فاذا ملكته انفسخ النكاح ضرورة وزفر لا يقول
بالاقتضاء الا في مسالتين احداهما لو اوصى بنصيب ابنه بعد
انه يصح تصحيحا للوصية والثانية لو قال ان تسريت جارية فهي
حرة بعد الملك كانه قال ان ملكت فتسريت وكل منا يخالف
اصله فيهما وفي اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي ان المقتضي
عبارة عن زيادة على المنطوق به تقدمه عليه ليصير المنطوق
به مفيدا او موجبا للحكم وبدونه لا يمكن اعمال الكلام المنطوق به
وهو بمنزلة دلالة النص بمنزلة القياس الا انه لا دلالة النص اقوى
لان المعنى فيها ثابت لغة بخلاف المقتضي والملك في مسالة الكتاب
يثبت شرطا للعتق عن الامر اشترط للبيع مقصودا حتى
يسقط فيه اعتبار القبول ولو كان الامر ممن لا يملك الاعتاق
كالعبد والمكاتب والصبي والمعتوه لم يثبت البيع بهذا الكلام
قال ولو صرح المامور بالبيع بان قال بعته منك بالف واعتقته
عنك لم يخرج عن الامر وبه تبين انه ليس كالمنصوص عليه فيما
وراء موضع الحاجة ومثاله قول النحاة في النداء اذا قال
القائل يا زيد كان معناه ادعو او انادي زيدا ولهذا كان كلاما
لانه فعل مفعوله وبني لوقوعه موقع كاف ولو صرح بذلك خرج عن النداء
لانه يصير جملة خبرية والنداء انشاء وكذا في التعجب قولك ما احسن
زيدا تقديره شيء احسن زيدا جعله حسنا ولو صرح بذلك خرج عن التعجب
وهو انشاء الى الجملة الخبرية وهو بخلاف ما ذكره قاضي خان

قبل هذا قال ومنهم من ألحق المحذوف بالمقتضي وجعله منه كقوله تعالى
واسأل القرية وقال المراد بها أهلها ثبت ذلك بمقتضى الكلام
لأن السؤال للتبيين وإنما ينصرف إلى من يتحقق منه البيان ليكون
مفيدًا والصحيح أنه من باب الحذف لا من باب الاقتضاء وعلى هذا
قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا
عليه ولم يرد به عين ذلك لأنه غير مدفوع بل هو واقع فعلم أن
المراد بذلك مقتضى الكلام الحكم والإثم وهما جميعًا فالشافعي
أثبت للمقتضي عمومًا وعندنا لا عموم له وعلى هذا قال يقع طلاق
المخطئ والناسي والمكره ولا ينعقد صومهم وعندنا ما لا عموم
له لأنه ضرورية الحاجة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
وقد أريد به رفع الإثم بالإجماع فلا يراد غيره ولأن الإجماع على
عدم رفع الحكم في الإتلافات فلا يمكن حمله على نفي الحكم على
سبيل العموم والصواب أن قوله رفع عن أمتي الخطأ من باب
الحذف والإضمار لا من باب الاقتضاء فيكون تقدير الحكم والإثم من
باب الاشتراك والمشترك لا عموم له فكذا قوله صلى الله عليه وسلم
الأعمال بالنيات فالإضمار والحذف لاختصار وهو من باب اللغة
كالمنطوق له عموم على ما يأتي في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى
والمعروف أن في الحذف ينتقل الحكم من المنطوق إلى المحذوف وفي
المقتضي لا ينتقل من المقتضي شيء بل يتقدر قبله ما يصححه وهو
نظير قولنا الميتة لما أبيح للحاجة والضرورة في حال المخمصة
يتقدر بقدر الضرورة وهو سد الرمق وفيها رواية من الأكل
والشبع وإلى الشبع لاستحكام الإباحة فيه بخلاف المنصوص
فإنه عامل بنفسه فيكون بمنزلة حل الذكية يظهر في حكم
الشبع والأكل وغيرهما مطلقًا والمضمر كالمنطوق في العموم وعدم
الضرورة وفي قاضي خان وإذا ثبت الملك فسد النكاح ضرورة

ولو قال لو فسد النكاح إنما يفسد أن لو ثبت الحل بملك اليمين
لاستغنائه عن ملك النكاح وذلك لا يثبت هنا لوجهين أحدهما
أن الحل لا يثبت هنا في مملوكة والثاني أن الملك يثبت فيه ضرورة
تصحيح الإعتاق بالاقتضاء فوجب أن لا يظهر في حق فساد النكاح
ويدل عليه ما ذكر في الزيادات أن من كان تحته أمة فتزوج
عليها حرة بإذن مولاها ملكها وعليه قيمتها ويصير مستحقًا
لها ضمنًا ولا يفسد نكاحها وكذا لو اشترى زوجته بطريق
الوكالة يثبت الملك له أولًا ولا يفسد نكاحه وعلى هذا قوله إن
تسريت جارية فهي حرة يصير الملك مذكورًا ضرورة صحة
التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء
وهو الحرمة وكذا لو قال لأجنبية إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا
فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثًا فثبت أن الملك إنما يظهر
في تصحيح الشرط لا في حق نزول الجزاء وفي الذخيرة لو قال
لأجنبية إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا لا ينعقد اليمين إلا أن يقول
فعبدي حر وهو في ملكه قال لأنا نقول إنما فسد النكاح
لكان التنافي والمتنافيان لا يجتمعان والمنافي شرعًا كالمنافي
عقلًا والعتق لا يكون إلا في ملك مستقر مطلق لا في الملك الثابت
من وجه دون وجه ألا ترى أنه من قال لأمة تحته إن اشتريتك
فأنت حرة فاشتراها عتقت وفسد نكاحها لأن الملك
الذي يترتب عليه العتق ثبت ولولاه لما فسد النكاح لما
قلنا وأما مسألة الزيادات فلأن الزوج لم يملكها بالاستقراض
لأنه لم يقبضها ولأن ملكه ضروري غير مستقر لا انتقاله
إلى الحرة بالصداق ولو قال أعتقه عني ولم يسم مالًا لم يفسد النكاح
والولاء للمعتق عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي
هو الأول سواء لأنه تقدم التمليك بغير عوض تصحيحًا لتصرفه

ويسقط القبض كما يسقط القبول في البيع المقدر بل اولى لان القبول
في البيع ركن والقبض في الهبة شرط فلما سقط اعتبار القبول
الذي هو الركن في البيع لكونه ثابتا بمقتضى العتق فلان يسقط
اعتبار ما هو الشرط اولى ولهذا لو قال اعتق عبدك عني بالف
وبطل من خمر يقع العتق عن الآمر وكذا لو اكره المامور على ان
يعتق عبده عنه بالف يقع العتق عن الآمر والبيع المكره فاسد
والقبض شرط لثبوت الملك للمشتري في البيع الفاسد ثم سقط
اعتباره اذا كان بمقتضى العقد وهذا لان كذا اذا كان عليه كفارة
ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ومذهب الشافعي في ذكر في
التنبيه في كتاب العتق وهذا ان الهبة من شرطها القبض
بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي والقبض
في البيع الفاسد ليس منصوصا عليه لان افادة الملك يحتمل سقوطه
وفي مسئلة الكفارة الفقير ينوب في القبض عن الامر اما
العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنها لانه اذا لم يملك وقال الشيخ
رحمه الله بعون في تعليل قولها ولا عند المالك
يحتمل ان يقدر هبة ويحتمل ان يقدر بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن
وليس البعض اولى من البعض فوقعت الشبهة في التقدير

باب نكاح اهل الشرك

اعلم ان انكحة المشركين صحيحة عند الائمة الثلاثة واصحابهم
سواء كانوا من اهل الكتاب او من غير اهل الكتاب وعند
مالك في المشهور عنه فاسدة لكن اذا اسلموا صح الاسلام منها ما
يصح ابتداء عقده عليها ولو طلقها ثلثا ثم اسلما فله ان يقيم على
نكاحها ذكر في الجواهر وفي الذخيرة المالكية انكحتهم
فاسدة يصححها الاسلام كما يبيح جلد الميتة ولذا عقودهم فاسدة
ويصححها الاسلام وفي الجواهر ويقرهم على ما هو فاسد عندهم

وعند الائمة عقودهم صحيحة وفي الذخيرة المالكية قولنا انكحة الكفار
فاسدة مشكل فان ولي الكافر على الكافرة صحيحة والشهادة
عندنا ليست شرطا في العقد ولو قلنا انها شرط فاذا عقدها
جماعة المسلمين ينبغي ان يصح ولو قيل اصدقتهم قد يقع بما لا يحل فكذا
انكحة العوام واهل البادية والجبال من المسلمين ومن يتزوج
على خمر او خنزير او ميتة مع ان فساد المهر لا يفسد النكاح
بل ينبغي ان نفصل ونقول ما صادف الشروط المصححة للنكاح
فهو صحيح اسلموا او لم يسلموا وما لم يصادفها فهو فاسد افسدوا
ام لا انتهى كلام الشيخ شهاب الدين القرافي اخبرني رضي الله عنه
في النوم حكي هذا السؤال في كتابه عن بعض المالكية وعن
عروة عن عائشة رضي الله عنها انها اخبرته ان النكاح في
الجاهلية كان على اربعة انحاء فمنها نكاح الناس اليوم يخطب
الرجل الى الرجل وليته او ابنته فيصدقها ثم ينكحها ونكاح
اخر كان الرجل يقول لامرأته اذا طهرت من طمثها ارسلي الى فلان
فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يستبين
حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه فاذا تبين حملها اصابها
زوجها اذا احب وانما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد فكان
النكاح يسمى نكاح الاستبضاع ونكاح اخر يجتمع الرهط
دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فاذا حملت
ووضعت ومر ليال بعد وضعها ارسلت اليهم فلم يستطع
رجل منهم ان يمتنع حتى يجتمعوا عندها فتقول لهم قد عرفتم الذي
كان من امركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تسمي من احبت باسمه
فيلحق به ولدها لا يستطيع الرجل ان يمتنع منه ونكاح اخر يجتمع
الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا ينصبن على
ابوابهن الرايات وتكون علما لمن ارادهن دخل عليهن فاذا حملت احداهن

ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لها القافة ثم الحقوا ولدها بالذي يرون
فالتاط به اي التصق به ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك فلما بعث الله محمدا
صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله الا نكاح
الناس اليوم رواه البخاري وابو داوود وروى ابو الفرج في التحقيق
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وخرجت من نكاح غير
سفاح رويته عن عايشة وانقلاب النكاح الباطل صحيحا
بالاسلام لا يعقل وفي ذلك نسبة ولاد الانبيا الى الانكحة الفاسدة
من غير ان ينقلب صحيحة عنده اذا صححناها لم يسلموا وبعد هذا
القول لا يخفى وبالله سبحانه التوفيق وفي البسيط وحكم فساد
انكحتهم وان كان مشهورا فهو باطل قطعا فانا نقررهم عليها بعد
الاسلام فلا نقرر مع الحكم بالفساد اطلاقا منا وقضا بكشف
وقد استدل الشافعي التحليل بوطي الذمي مع ان الاصح انه لا يحصل التحليل
بالوطي في النكاح الفاسد ويحصل الذمي الاحصان بالوطي وهذا
يحمل الى ان لا يوقع طلاقهم ولا يجاسر عليه في قلت قد
جاسر الحسن البصري وقتادة وربيعة الراي ومالك وقالوا
ليس طلاقهم بطلاق لكن عندنا طلاقهم واقع لصحة انكحتهم وهو
قول عطا ابن ابي رباح والشعبي والنخعي والزهري وحماد وسفين
الثوري والاوزاعي والشافعي وابن حنبل وذكر ابن المنذر في
الاشراف وقال وهو الصح ونحو قول جمهور اهل العلم في قوله
واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر اخر وذلك في
دينهم جايز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال
زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام
والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول
كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر وفي المحيط كل
نكاح جايز بين المسلمين فهو جايز بين اهل الذمة وكل نكاح حرم

بين المسلمين فهو ينقسم ان فسد بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح
بغير شهود والنكاح في عدة الكافر يجوز في حقهم اذا دانوا
جوازه عند ابي حنيفة ويقران عليه بعد الاسلام لزفر ان الخطاب
عام وقد التزموا احكامنا بعقد الذمة هكذا في المحيط وقوله
التزموا احكامنا غير ظاهر فانهم قالوا ان الخمر في حقهم كالعصير
في حقنا والخنزير كالشاة ولو كانوا التزموا احكامنا لينبغي
ان يفسخ البيع الذي جرى بينهم في الخمر والخنزير بعد الاسلام
لوقوعه فاسدا وقد قالوا ان الذمي اذا باع الخمر والخنزير
والمسلم عليه دين يجوز له ان ياخذ دينه من ثمنهما وان كان ثمن
الخمر والخنزير لا يحل للمسلم ولا اقتصار على هذا ولا الخطاب لهم اقرب
في التعليل ولنا ان الشهادة في النكاح مختلف فيها والخلاف
في النكاح في مدة العدة بنا على ان العدة لا تجب على اهل الذمة
عنده حتى لا يثبت له الرجعة عنده اذا طلقها بعد الدخول ولا
يثبت نسب ولدها منه لان ما الكفار يحرم بدليل انها لا تتزوج
اذا كانت حاملا وله ان ما هو غير محرم في حقنا لنفسه هكذا
في حقهم المحيط قلت اما نفسه لحرمة لا يجوز انها انها
غير مستند ولا التعرض لها كالمسلم ولهذا اوجبنا القصاص
على المسلم بقتله وديته كدية المسلم روي عنه صلى الله عليه وسلم انه
قال انما بذلوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا وكل
نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم والجمع بين الخمس والاختين
لا يجوز عندهما واختلفوا عنده قال صاحب المحيط قال مشايخنا قالوا
يقع جايزا الا انه جايز في معتقدهم وقال مشايخ العراق يقع فاسدا ولهذا لا
يتوارثان بنكاح المحارم لانه لم يكن سببا للميراث في شريعة ادم عليه السلام
فلا اعتبار لديانتهم اذا لم تعتقد شريعته فاذا اسلم احدهما فرق بينهما بالاسلام
وفي فتح المنيم مجوسي يسلم وتحته اخته يبين له وان يفرق القاضي لانه وقع فاسدا عندهما

وان وقع جائزا عنده على قول بعض المشايخ الا انه فسد لقيام المحرمية
بعد الاسلام اذ طريان المحرمية على النكاح الصحيح يفسده
كالمقارن وفي الكتاب علل لهما بان نكاح المعتدة مجمع عليها
فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها
ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلاف وقد ذكرنا ضعف هذا
التعليل ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا
للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا
للزوج بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقد حقوق الشرع
فاذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة
ليست فيها شرطا وكذا وجوب العدة في حالة البقاء لا ينافي النكاح
ولذا بقاء العدة بعد صحة النكاح لا ينافيه لان البقاء اسهل
كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وفي الذخيرة تزوج منكوحة
الغير وهو لا يعلم لا تجب العدة بالوطء حتى لا تحرم على الزوج
وطؤها وبه يفتى ذكره جواهر زاده في الجامع اذا وطئها
الثاني لم يقربها الاول حتى تنقضي عدتها للوطء بشبهة
في باب النكاح الذي يقام عليه البينة وفي الفتاوى ان دخل
بها ولم يعلم انها منكوحة الغير تجب العدة وان علم فلا عدة
عليها وفي جوامع الفقه احكام الاسلام جارية على اهل
الذمة من استحقاق النفقة وعدته والتوارث بالنكاح
الصحيح وخيار البلوغ والنكاح بغير شهود صحيح عندهم
فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح
المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا عنهما في
العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق لانه لا يجوز بقاؤهما
عليه كما لا يجوز ابتداؤه بينهما بعد الاسلام بخلاف عدته
وفي المغني انكحة الكفار صحيحة يقرون عليها اذا اسلموا او

ترافعوا الينا اذا كانت الزوجة ممن يجوز للزوج ابتداء العقد عليها
ولا يعتبر شروط انكحة المسلمين من الشهود والايجاب ما لم يكن
بينهما نسب او رضاع وقد اسلم خلق من الكفار فاقرهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم على انكحتهم وذلك بالتواتر ونقل
المجوسية والوثنية والمرتدة والمطلقة ثلثا والمعتدة في حالة
عدتها ثم باسلام احدهما فيفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق
عندهما خلافا لهما وبمرافعتهما يفرق بالاتفاق وفي جوامع الفقه
ونكاح المحارم والمطلقة ثلثا غير صحيح لكن لا يتعرض لهما
ما لم يترافعا جميعا وقال ابو يوسف اذا علم القاضي يفسخه من
غير مرافعة واذا اسلما يفرق بلا خلاف ويجوز انكحتهم
وان اختلفت مللهم ولا اعتبار للكفاءة بينهم وفي المحيط لو
طلبت المطلقة ثلثا التفريق يفرق بينهما بالاجماع لانه لا يتضمن
ابطال حق الزوج وكذا في الخلع وعند المسلم لو كانت كتابية
وكذا لو تزوجها قبل زوج اخر في المطلقة ثلثا وفي المبسوط
على قولنا يجب الحكم لهم فاذا استعدى خصم ولم يرض بالحكم
لم يحكم عليهم فانا انما نحكم عليهم اذا رضوا بحكمنا وان قلنا لا يجب
الحكم علينا الا بحسب اعانة المستعدي لا خلاف في جواز الحكم
عليهم وعندنا يجب الحكم اذا ترافعا الينا وخيرنا عند
مرافعتهما الحسن والشعبي والنخعي وعن ابن عباس انها نسختها
من المائدة اية القلائد وقوله فاحكم بينهم او اعرض عنهم فكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم مخيرا ان شاء حكم بينهم او اعرض
عنهم وردهم الى احكامهم حتى نزلت وان احكم بينهم بما انزل الله
وروي ذلك عن مجاهد وعكرمة ويدل على نسخ التخيير قوله تعالى
ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون الايات ولم يقل
احد ان قوله ومن لم يحكم بما انزل الله منسوخ الا شيء يروى عن مجاهد

انه قال نسخه اية التخيير التي قبلها وقيل كان التخيير قبل عقد الذمة
والامر بالحكم بعد عقد الذمة لالتزامهم بعض احكام الاسلام
حتى قال اصحابنا يحملون في البيوع والمواريث وسائر العقود على
احكام الاسلام كالمسلمين الا في بيع الخمر والخنزير فانه جائز
عندهم يقرون عليه وذلك مال لهم ويجب على مستهلك الخمر والخنزير
ضمانهما قال الشيخ ابو بكر ولا نعلم فيه خلافا بين الفقهاء فمن استهلك
لذمي خمرا عليه قيمتها وكذلك عند الشافعي لا يضمنها
للشافعي لا يضمنها للذمي ولو ترافعا جميعا حكم بينهما بشرعنا
وقال محمد اذا طلب احدهما حملا جميعا على احكامنا الا في النكاح
بغير شهود فانا نجيزه اذا تراضوا به وقال ابو يوسف يحملون
على احكامنا وان ابوا الا في النكاح بغير شهود وقول ابي يوسف
مردود لاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر
مع علمه انهم يتزوجون محارمهم ولم يفرق بينهم ذكر ذلك كله الشيخ
ابو بكر الرازي في احكام القران له وفي المصفى لو طلب احدهما
التفريق في النكاح الفاسد من القاضي كنكاح المحارم وغير
والاختين ولا يفرق ويقضي بالنفقة ولا يسقط احصانه بالدخول
حتى لو اسلم بعد ذلك ثم قذفه انسان يحد قاذفه اما لا يثبت
الارث بهذا النكاح بالاجماع وعندهما يفرق بطلب احدهما ولا
يقضي بالنفقة ويسقط احصانه بالدخول فيه حتى لا يحد اي اديانها الجائزة
قاذفه اذا اسلم ثم قذفه بعد اسلامه وفي الكواشي في قول
ابي حنيفة وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد المبلغ رسولا
لا في حق المكذب وهذه المسئلة اشارة الى ان العدة لم تجب عند ابي
حنيفة وقال بعضهم ان العدة تثبت لكن لضعفها لا تمنع جواز
النكاح كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة تجب العدة ولا تمنع النكاح
لضعفها ولو ترافعا يفرق بالاجماع لتحكيمهما وكذا باسلام احدهما

اذا اسلم احدهما لان في ابقائهما اصرار الاخر على الكفر ولان الاسلام
يعلو ولا يعلى فلمنتسب الى الاسلام يعلو ويعلى وانما لا يعلى
عليه قوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اي اصلية
ولا مرتدة وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر وفي المغني والمرتدة
يحرم نكاحها نكاحا على اي دين كانت لانه لا يثبت لها حكم اهل
الدين الذي انتقلت اليه في اقرارهم عليه ففي حلها اولى اما المرتد
فلانه مستحق القتل والامهال لضرورة التامل والنكاح يشغله
عنه فلا يشرع في حقه والمرتدة محبوسة للتامل وخدمة
الزوج يشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح شرع
لمصالحه هكذا في الكتاب ويرد على التعليل الثاني مستحق
القتل قصاصا فانه يجوز له التزوج ويجاب بان العفو مندوب
اليه والمرتد لا يرجع غالبا اذ قد ارتد بعد اطلاعه على محاسنه
فيكون عن شبهة قوية عنده ويرد عليه ما لو قال لاجنبية ان
تزوجتك فانت طالق ثلاثا فان هذا النكاح غير مستعقب لانتظام
المصالح لانه يقع به الطلاق الثلاث عقيب النكاح ويثبت
النسب مشترك وفي المبسوط لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد
فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر على ما اعتقده ولانه لما كان
مستحق القتل وانما اخر للتامل صار كانه لا حياة فيه حكما
والوثني والوثنية لا ملة لهما واذا تزوجا ثم اسلما اقرا على نكاحهما
ولو تهود نصراني او تنصر يهودي اقر عليه ويجوز له ان يتزوج ابتداء
لانه من اهل الكتاب ولم يكن قبله وليس بمنزلة بخلاف من ترك
ملة الاسلام وفي المحيط يجوز للنصراني ان يتزوج يهودية او مجوسية
وكذا المجوسي ان يتزوج نصرانية او يهودية والكفر كله ملة والولد
كتابي وفي الجواهر الكفر ثلاثة اصناف الكتابيون تحل نساؤهم
ويقرون بالجزية والمعطلة والزنادقة لا تحل مناكحتهم ولا يقرون

والمجوس لا تحل نساؤهم ويقرون بالجزية وقيل تحل نساؤهم ولو تهود
نصراني او تنصر يهودي اقر وفي رواية يقتل الا ان يسلم ولو تزندق
يهودي او نصراني قال اصبغ لا يقتل وهو قول مالك ومطرف وابن
عبد الحكم وقال ابن الماجشون يقتل وفي البسيط الكفار ثلثة
اصناف اهل الكتاب وهم اليهود والنصارى فتحل مناكحتهم
وذبيحتهم وحرمته الامامية والصنف الثاني عبدة الاوثان
والدهرية والسارق والزنادقة والمرتدة لا تحل مناكحتهم ولا ذبيحتهم والصنف
الثالث المجوس يسلك بهم مسلك اهل الكتاب في الجزية ولا
تحل مناكحتهم ولا ذبيحتهم في المذهب الصحيح وجوز ذلك ابو ثور و[illegible]
في قول الشافعي فلو ان يهوديا نصرانيا او تنصر يهودي فالاصح عدم اقراره
فلما زاد والنصراني الى النصرانية غير مستقيم
لانه ردة من التوحيد الى التثليث ولا فائدة في الرد من كفر الى كفر
اذ الكفر كله ملة واحدة عندنا وعندهم وعن ابن حنبل في تنصر
اليهودي وتهود النصراني روايتان والمجوسي اذا انتقل الى دين لا يقر
اهله عليه بالجزية لم يقر عليه وان انتقل الى دين اهل الكتاب
ففيه الروايتان والمراة كالرجل في ذلك وعن ابن حنبل ثلث روايات
احدها ان لا يقبل منه الا الاسلام لانه قد اقر ببطلان دينه الاول
فلا يحتمل ان يكون الى الثاني اولى ولم يقر ببطلانه والثانية
لا يقبل منه الا الاسلام او الدين الذي كان عليه والثالثة يقبل
منه احد ثلثة اشياء الاسلام او الدين او دين يقر اهله عليه
قوله واذا كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا
اذا اسلم احدهما صار ولده مسلما باسلامه وفي الشامل يريد
به اذا كان الصغير مع من اسلم في دار واحدة او كان الصغير
في دار الاسلام ومن اسلم منهما في دار الحرب والصغير في دار
الحرب لا يصير مسلما وكذا ذكره في سير الكتاب وفي الذخيرة

المالكية الولد يتبع الاب في الدين والحرية والام في الرق والحرية وقيل
يتبع خير الابوين دينا وهو قول الجماعة وفي كتاب اخبار قضاة
مصر لابن زولاق ان نصرانية اسلمت ولها ولد طفل ولم يسلم ابوه ومات
فقال ابو عبيد القاضي وكان يفتي على مذهب ابي ثور انما يكون مسلما
باسلام ابيه دون امه فتحير الناس واكثر الضجيج فقدم اليه
رجلان ناصحان يقول لهما الفارضي هذا الطفل يكون مسلما او على دين
ابيه فقال ابو عبيد القاضي على دين ابيه فقالوا مات فقال بشاهدين
عدلين انه مات نصرانيا والا فهو مسلم فتشكروا فقالوا اسعدنا
القاضي بعلمه وفهمه وعند ابي ثور لا يحكم باسلامه الا بتبعية الابوين
وهو قول مالك وفي جعله مسلما لاحدهما نظر له ولان الاسلام يعلو
ولا يعلى عليه ولو كان احد الزوجين كتابيا والاخر مجوسيا فالولد
حتى يجوز للمسلم مناكحته ويحل له ذبيحته وكان فيه
نظر للصغير لان المجوسية شر ولم ينقل ان الكتابية خير
اذ الخير في المجوسية ولا الكتابية والخير والشر افعال مفصل
حذفت منهما بغير اعلال ومنهم من طلق في ذلك وفي ابو بكر
وقيل سويهما في الكل والحرمة قال والشافعي بخلاف المباينة المتباين
وفي الرافعي يتبع الام اذا كان مجوسيا وان كانت الام مجوسية فقولان
وفي البسيط في المتولد بين اليهودي والمجوسي قولان احدهما التحريم
والثاني وهو الاصح النظر الى الاب وتغليب جانب النسب وعند
احمد بن حنبل لا يتزوجها مسلم ذكره في المغني ولنا انا لم ننظر
الى جانب النسب لذا كانت الام مسلمة لمصلحة الصغير فكذا ههنا
لما ذكرنا من المصلحة له واذا اسلمت المراة وزوجها كافر عرض عليه
الاسلام فان اسلم فهي امراته والا فرق القاضي بينهما وكان
ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان ابت فرق القاضي

بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين
وفي الجواهر ان اسلم الزوج تقرر الكتابية على نكاحها ويعرض
على غيرها الاسلام فان ابت وقعت الفرقة قبل الدخول وبعده
وقال اشهب تعجل الفرقة قبل الدخول كقول الشافعي والعدد ينتظر
فراغ العدة بعده كقولها وان اسلمت المراة قبل الزوج وقعت الفرقة
قبل الدخول وبعده كقولها وان اسلمت المراة يتوقف على انقضاء عدتها
وفي التمهيد قال مالك ان اسلم قبل انقضائها في غيبته فان نكحت
قبل ان يقدم او يبلغها اسلامه فلا سبيل له اليها وان ادركها
قبل ان تنكح فهو احق بها وقال ابن قدامة متى يعرض عليها الاسلام
ان كانت حاضرة وان كانت غائبة تعجلت الفرقة وفي المغني عن
احمد روايتان في اعتبار العدة احداهما هو احق قبل انقضاء عدتها
وهو قول محمد بن الحسن وغلط في نقله عنه والرواية الثانية
تعجل الفرقة واختارها الخلال وصاحبه ابو بكر وهو قول
طاوس وعكرمة وقتادة والحكم وعمر بن عبد العزيز ويروى
عن ابن عباس ونصره ابن المنذر في الاشراف و [illegible] مذهب
عمر بن الخطاب ذكر ذلك ابو جعفر الطحاوي وابو بكر بن
العربي وبه قال مالك والحسن وجابر بن زيد وقتادة ذكره ابو بكر
ابن ابي شيبة وقال ابن المنذر وهو قول الزهري والثوري
قال واجمع عوام اهل العلم على ان الكتابيين لو اسلم الزوج منهما
انهما على نكاحهما وكذا لو اسلما معا ولو اسلمت وزوجها نصراني
او يهودي قال مالك والشافعي واسحق ان اسلم قبل انقضاء عدتها
فهما على نكاحهما وعن علي بن ابي طالب هو احق بها ما دامت
في دار هجرتها وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة هو احق ببضعها
عن علي الا ان له عهدا وعن الشعبي هو احق بها ما كانت في المصر وعن
ابرهيم يقران على نكاحهما وعن الحكم ان هانئ بن قبيصة كان

نصرانيا عنده اربع نسوة فاسلمن فكتب عمر ان يفرق بينه وعن عمر ان
نصرانية اسلمت تحت نصراني فخيرها وفي الذخيرة سواء كانا كبيرين
او صغيرين عند ابن القاسم التفريق في هذين الفصلين اذا كان الزوج صغيرا
او كانت المراة صغيرة قولها لان ردتهما عن الاسلام صحيح عندهما
وانما اتكل بعد الاقرار فاولى ان يصح اباؤها وانه امتناع عن القبول
فاما على قول ابي يوسف فقد اختلف المشايخ فيه منهم من لم يصحح اباءها
وسوى بين الاباء والردة حتى انه لم يفرق بينهما ومنهم من صحح اباءها
وفرق بين الاباء والردة على قوله فعلى قولهما لا تفرق بابائها ووجه
قول من قال بالتفرقة بين الدخول وعدمه ان النكاح قبل الدخول
غير متاكد كالبيع قبل القبض فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد
فيتاجل بتقضي ثلاث حيض يعني تقضي عدتها بالاطهار على اصل
من اعتبرها بها او بالحيض والتعرض للاسلام عليه لانه يعرض
اليهم وصار كالطلاق ودار الحرب وتعلقوا بما رواه ابن شهاب
انه قال لم يبلغنا ان امراة هاجرت الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وزوجها كافر مقيم على الكفر الا فرقت هجرتها
بينها وبين زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل انقضاء عدتها
قال ابو عمر بن عبد البر هذا لا يتصل من وجه صحيح وليس
في الباب مسند حسن الاسناد الا حديث عكرمة عن ابن عباس
ان رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءت
امراته مسلمة فقال يا رسول الله انها كانت قد اسلمت معي فردها
عليه وقيل انها كانت تزوجت فانتزعها رسول الله صلى الله
عليه وسلم من زوجها وردها الى زوجها الاول ذكره ابو عمر في
التمهيد وقبله ان ابا سفيان بن حرب وحكيم بن حزام اسلما
ثم اسلمت زوجتاهما فاقرت كل واحدة عند زوجها بالنكاح
الاول وذلك قبل انقضاء عدتهما واسلمت امراة صفوان بن امية

ثم اسلم صفوان قال ابن شهاب وكان بين اسلامها واسلامه نحو من شهر
فكان استقرارهن قبل انقضاء عدتهن ووجهه قول ابي يوسف
ان الفرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا
كالفرقة بسبب الملك والفرقة بالبلوغ وهو قول الشافعي واحمد بن
حنبل ومذهب المدونة وقال ابن المواز وقال ابن القاسم في العتبية
هي طلقة بائنة لعولها ولنا على الايمة الثلثة ان ام حكيم بنت
الحرث بن هشام اسلمت وكانت تحت عكرمة بن ابي جهل وكان اسلامها
يوم الفتح وهرب زوجها الى اليمن من الاسلام فارتحلت ام حكيم
زوجته اليه فدعته الى الاسلام فاسلم ثم قدم الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح وثبتا على نكاحهما ولم يسالها
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بقاء عدتها وعن انقضائها قال
ابو المعالي وترك الاستفصال في حكايات الاحوال مع الاحتمال
ينزل منزلة عموم المقال فيتنزل ان الامر في ذلك سوا انقضاء عدتها
وعدم انقضائها وقال ابو جعفر الطحاوي وابو بكر بن العربي
في العارضة ان عمر بن الخطاب فرق بين نصراني ونصرانية اسلمت
لابايه عن الاسلام وما رووا عن الزهري من عدم البلاغات
ليس بحجة اذ البلاغات ليست بحجة فكيف عدمها ولو كانت حجة
فليست هي هنا حجة لان في ذلك اقرارهما على نكاحهما قبل انقضاء
العدة ولا يدل على عدمه بعدها اذ هذه حكاية حال او ليل وقال
الكسائي حكمها كان بين الصحابة فكان اجماعا ولان بالاسلام
لا تبقى مقاصد النكاح بينهما وهي الملك والازدواج وقضاء الشهوة
والتوالد والتناسل وغيرها فلا بد من سبب يبنى عليه فوات
ذلك والاسلام طاعة وعبادة سبب لثبوت العصمة لا لقطعها
فتعرض عليه الاسلام لمصلحة من غير الزام لتحصيل تلك المقاصد
بالاسلام او الفرقة بالاباء عن الاسلام فانه معصية يناسب

زوال العصمة ثم ان مذهبهم على خلاف المعهود في الشرع لانهم يقولون
ان اسلم قبل انقضاء عدتها بقيا على نكاحهما من غير تجديد العقد
فلم يحصل باسلامها قبل اسلامه فرقة بطلاق ولا فسخ فاذا حاضت
بعد اسلامها ثلث حيض انقضت عدتها فيحل لها التزوج به ان اسلم
وبغيره فكيف يعتبر انقضاء عدة ومن غير طلاق ولا فسخ مع انه ليس
على ارتكابه دليل سمعي يقوم به التمسك قال ابو جعفر العدة تجب بعد
ارتفاع النكاح لا مع بقائه وقال ابو عمر لو ارتفع لما عرض الاسلام
على الباقي منهما معا وقد اجمعوا عليه على الفور قلت
يعرض لاستمرار البقاء ان اسلم ولا تجب العدة وطها على ابي يوسف ان اباه
امتنع عن الامساك بالمعروف فيجب تسريحه بالاسلام عليه فينوب الحاكم منابه
في التسريح بالاحسان كما في المجبوب والعنين واما المراة فليست
من اهل الطلاق فلا ينوب القاضي منابها فيه عندنا بالاسلام ثم اذا
فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لما عرف وان لم يكن دخل
بها فلا مهر لها اذ الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فاشبه الردة
والمطاوعة قبل الدخول وبعده وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة لا صداق
لها قبل الدخول عن ابن عباس والحسن والزهري والاوزاعي
وابن شبرمة وعثمان البتي ومالك والشافعي وابن حنبل واسحق وعن الثوري
وقتادة لها نصف الصداق قوله واذا اسلمت المراة في دار الحرب
وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة بينهما
حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها لان الاسلام ليس سببا
للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لعدم الولاية علينا في دار
الحرب ولا بد للفرقة من سبب دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو
مضي ثلث حيض مقام السبب كذلك هو الابانة كما في حفر البير والتعدي
وهو شرط الوقوع اقيم مقامه م الواقع فيها ويتلف في حق
وجوب الضمان على الحافر لتعذر الاضافة الى العلة ومضي ثلث حيض في

الجملة كما في الطلاق الرجعي فإنه لا يزيل ملك النكاح فتعقبه ويحل وطئها
قبل انقضاء العدة ويجري فيه التوارث بينهما في العدة إجماعا
وكذا إسلام أحدهما لا يزيل الملك فإذا مضت ثلاث حيض بعد وقت
الإسلام فلأن يحكم بالبينونة ولا اعتبار لتلك الحيض في العدة
لأن البينونة تقع بعدها والسبيل لا يسوى المطر فيستوي فيه
المدخول بها وغير المدخول بها ثم ننظر إن كان قبل بانت لا إلى عدة
وبعد الدخول إن كانت حربية والزوج هو الذي أسلم فكذلك لا عدة عليها
إذ حكم الإسلام لا يثبت فيها وإن كانت هي المسلمة والزوج كافر
فكذلك لا عدة عليها عند أبي حنيفة والمسألة تأتي عن قريب إن شاء
الله تعالى والشافعي يفصل عما في دار الإسلام ويقضي به العدة
عنده وقد تقدم وحكم مضي الحيض حكم العرض فيكون طلاقا وعند
أبي يوسف فسخ وهو رواية عنهما وإذا خرج أحد الزوجين إلينا
من دار الحرب مسلما وقعت الفرقة بينهما خلافا للأئمة الثلاثة
وإن سبي أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما وإن سبيا معا لم تقع
وعند الأئمة الثلاثة تقع فيهما وخلافهم في الأول إذا لم تكن مراغمة لزوجها
وإن كانت مراغمة له وقعت الفرقة بينهما بالإجماع عندهم لقصدها
المراغمة والاستيلاء على حق الزوج كعبيد أهل الحرب إذا خرجوا إلينا
مسلمين عتقوا والحاصل أن السبب هو تباين الدارين عندنا وعندهم
بالسبي فعلى هذا إن خرجت مراغمة لزوجها وخرج الزوج مسلما أو ذميا
تقع الفرقة بينهما بالتباين عندنا ولا تقع عندهم لعدم السبي ولو
سبي منكوحة تبين منه بلا خلاف ولو كانت منكوحة مسلم أو ذمي أو مستأمن
لا تبين استدلوا بحديث أبي سفيان بن حرب أنه أسلم بمر الظهران في معسكر
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو منزله دار الإسلام وزوجته هند
بمكة وهي دار الحرب حينئذ ولم يجدد بينهما عقد وبقصة صفوان
ابن أمية وعكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام وقد تقدم ذلك كله وبحديث

ابن عباس

ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب على أبي العاص
ابن الربيع بالنكاح الأول ولم يحدث شيئا وقال أبو عمر في التمهيد
بعضهم يقول بعد ثلاث سنين وبعضهم يقول بعد ست سنين
وفي المعارضة بعضهم يقول بعد ثمان سنين وبعضهم لا يقول شيئا
وفيه محمد بن إسحق وفيه مقال أخرجه أبو داود والحاكم قال أبو بكر
في المعارضة لم يصح في هذا الباب حديث مسند والمعنى فيه أن
اختلاف الدارين تباينا عن تباين الولايات وذلك لا يوجب انقطاع
النكاح كما في دار الإسلام ألا ترى أن الحربي لو دخل إلينا مستأمنا
أو المسلم دخل دار الحرب بأمان لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته
وكذا الخارج من مصر أهل العدل إلى منعة أهل البغي والسبي
يقتضي الصفا والخلوص للسابي ولا يتحقق ذلك إلا بانقطاع النكاح
ولهذا أباح رسول الله صلى الله عليه وسلم وطء سبايا أوطاس
بعد استبرائهن ووضع حملهن ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي
ولنا قوله تعالى فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم
ولا هم يحلون لهن الآية وهو عام أو مطلق في المراغمة وغيرها
والتخصيص والتقييد على خلاف الأصل وقال تعالى ولا تمسكوا
بعصم الكوافر وهي جمع كافرة هكذا في المبسوط وهو الأكثر
والقياس ومعناه لا تعتدوا من طلقتموهن في دار الحرب من نسائكم
وقال السدي لا تعتدوا بامرأة تركتموها في دار الشرك وقيل
الكوافر الأزواج لا النساء

وللفرزدق في يزيد بن المهلب

وإذا الرجال رأوا يزيد رأيتهم خضع الرقاب نواكس الأبصار

ولجرير

لمن يرجع فوارس تغلب يوم بوارك تمسكوا بحبل العصاد

ومثله هوالك على خلاف القياس في جمع المذكر ولوا ذلك على تأويل

فرقة فوارس ونواكس وهو الكل وفي احكام القران لابي بكر
احمد بن علي الرازي المهاجرة الى دار الاسلام صارت من اهل دار
الاسلام وزوجها باق على الكفر من اهل دار الحرب وحكم ذلك
وقوع الفرقة بينهما بقوله تعالى لا ترجعوهن الى الكفار ولو
كانت الزوجية باقية لكان الزوج اولى بها ويكون معه حيث
اراد ويدل عليه واتوهم ما انفقوا امر برد مهرها على الزوج
فلو كانت الزوجية باقية لما استحق الزوج مهرها وكذا قوله
ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولا يجوز ان ينكحوهن مع بقاء الزوجية
بينهم وفارق عمر امراتين كانتا له بمكة وفي المبسوط قال عمر
من اراد ان يبت امراته منه او يبين امراته فليمض الى اك
فليمضي في الهجرة وقال ابو بكر الرازي عن علي بن ابي طالب
انه قال الزوج احق بامراته ما دامت في دار الهجرة يعني اذا
كانا في دار واحدة والمعنى فيه ان مع تباين الدار حقيقة وحكما
لا ينتظم مصالح النكاح بل ينقطع ويفوت على التابيد فاشبه
الموت والمحرمية فصار كالارتداد و ٢ احد الكافرين
لفوات مصالح النكاح بينهما اذ من في دار الحرب في حق من هو
في دار الاسلام كالميت ولهذا جعلنا المرتد اللاحق بدار الحرب
كالميت حتى قسمنا تركته بين ورثته فلم يبق عصمة النكاح
مع التباين حقيقة وحكما بينهما بخلاف المستامن لانه في دارهم حكما
لتمكنه من العود اليها في كل وقت وحين ولانه ما خرج
الا لقصد اخر ان يتسد من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد
المراغم لزوجها ولانه لما احدهما اذا كان مسلما او ذميا
انما لم يزل لبقاء حق عصمة الباقي في الدار لانا نقول كونه معرضا
بعرض الزوال ولا منافية كاعتاق العبد المشترك ولو سلم ان
ذلك يصلح علة فهو ادخال المزاحم فلا يقدح في علته ما ذكرنا ولان

السبي وان كانت تثبت ملك الرقبة فهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذا
بقاء لانه اسهل فصار كالشراء قال ابن العربي من العرب يبطل السبي
ملك المال ويبقى ملك النكاح قال وقال ابو حنيفة الرق لا يمنع ابتداء
النكاح فالبقاء اولى لعدم المنو قال قلنا حدوث الرق هو الذي
يبطله ثم يبطل بالخلع فانه يقطع النكاح ولا يمنع ابتداء والله اعلم
قلت والفرق ان الخلع طلاق او فسخ عند البعض فلا يبقى
معه نكاح والطلاق هو المصحح للنكاح على المطلقة المبتوتة
فلا تنافيه اذ هو مصححه وقوله حدوث الرق هو الذي يبطله
ممنوع اذ لا اثر لحدوث الرق في ابطال النكاح لانه لا منافاة
بين ملك اليمين ونكاح الغير شرعا لانهما يجتمعان والمتنافيان
شرعا لا يجتمعان كالمتنافيين حسا فهو بمنزلة حدوثه للمشتري وسبايا
اوطاس سبين وحدهن لا ان رجالهن قتلوا فلم يحصل تباين الدارين
بينهن وبين ازواجهن وفي الكتاب السبي يقتضي الصفا في محل
عمله وهو المال لا في محل النكاح لانه لا يتعلق بادميتها على ما عرف
وفي المحيط وهو سبب ملك الرقبة دون المتعة لانها منفعة تملك
بعقد النكاح وانما تثبت تبعا لملك الرقبة ولهذا ينفك عن ملك
الرقبة كشراء المجوسية واخته من الرضاعة والجواب
عن حديث ابي سفيان الاصح انه لم يحسن اسلامه الا بعد الفتح فكان
اتصاله برسول الله صلى الله عليه وسلم بالامان واما صفوان بن امية
فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاسلام وان يقدم عليه فان
رضي امرا والا سيره شهرين فكان صفوان قد ذهب الم بانه
ويرد انه عليه السلام هكذا ذكره ايضا عبد الواحد في احكامه
فلم يقع بينهما تباين الدارين حقيقة وحكما حكاه عن مالك في الموطا
وكذا عكرمة بن ابي جهل وحكيم بن حزام على ما تقدم لانهم هم فيه
لان مكة عند ذلك كانت دار الاسلام وكذا ما ذهب اليم من اليمن

او الساحل وكان ذلك بهما من حدود دار الاسلام او كان ذهابهما الى
الى ذلك بالامان اذ لا يمكن احد يذهب الى دار الحرب بغير امان الا ان
يكون متلصصا واما حديث ابي العاص بن الربيع فقد قال ابو عمر بن
عبد البر النمري هذا الخبر ان صح فهو متروك منسوخ عند الجميع لان
احدا لا يقول بردها بعد انقضاء عدتها الا ما روي عن النخعي وشذ
فيه عن جماعة العلماء ولم يتبعه احد من الفقهاء والله اعلم قلت
لا اعتبار للعدة عندنا وعند الثوري وجماعة غيرهم بل الاعتبار
للعرض في دار الاسلام وان انقضت عدتها ومضى ثلث حيض في دار الحرب
قال وكان ذلك قبل نزول كثير من الفرائض وعن قتادة كان ذلك قبل
نزول براءة بقطع العهود بينهم وبين المشركين وقال الزهري كان
ذلك قبل ان تنزل الفرائض وعنه ان ابا العاص اسر يوم بدر
فاتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد عليه فقيه انه ردها عليه
وهو كافر فمن هنا قال ابن شهاب ان ذلك قبل نزول الفرائض
وقال اخرون قصته منسوخة بقوله تعالى فان علمتموهن مومنات
فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن هكذا ذكره
ابو عمر في التمهيد ثم قال خبر ابن عباس في رد زينب الى ابي العاص
خبر متروك لا يجوز العمل عندنا به وقد حمل قوله على النكاح الاول
اي على مثل النكاح الاول من الصداق من غير زيادة ولا نقصان
على انه قد روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رد زينب ابنته الى ابي العاص بنكاح جديد
وكذا يقول الشعبي على علمه بالمغازي والسير ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم لم يرد ابنته زينب الى ابي العاص الا بنكاح جديد
ومهر جديد رواه الترمذي وابن ماجه واحمد بن حنبل وقال ابو بكر
ابن ابي شيبة في مصنفه قال يزيد بن هارون حديث ابن عباس اجود
اسنادا والعمل على حديث عمرو بن شعيب قلت فيه الحجاج

ابن ارطاة وفي حديث ابن عباس محمد بن اسحق بن يسار صاحب المغازي
قال محمد بن الحسن انما جاء اختلافهم لان الله تعالى انما حرم ان يرجع
المومنات الى الكفار في سورة الممتحنة ثم نزلت التي النبي صلى الله عليه
وسلم قد رد ابنته الى ابي العاص بعد ما كان علم حرمتها عليه
بتحريم الله المومنات على الكفار فلم يكن ذلك عنده الا بنكاح جديد
فقال ردها رسول الله صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد ولم يعلم
عبد الله بن عباس بتحريم المومنات على الكفار حين رد النبي
صلى الله عليه وسلم ابنته على ابي العاص فقال ردها بالنكاح
الاول لانه لم يكن عنده بين اسلامه واسلامها فسخ النكاح الذي
كان بين ابي العاص وزينب قال ابو جعفر الطحاوي الحافظ قد احسن
في هذا لان راوي النكاح الجديد اعلم الحال لحقيقة والاول
استصحب الحال فصار كالجرح والتعديل وقال القاضي اسماعيل بن اسحق
لما نزلت ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقعت الفرقة بين المسلمين
الذين كانوا بالمدينة وبين ازواجهم الكوافر اللاتي كن بمكة ثم قال
ولم يستطع ان يعرض عليهن الاسلام وقد كان ذلك ممكنا بالهدنة والله اعلم
قلت لا حجة لهم فيه لان العرض انما يكون حال قيام النكاح
وقد وقعت الفرقة بينهما بتباين الدار واما الدين فان كان في ذمة
عبد فبسبي لا يسقط وان كان على حر يسقط لانه لما صار عبدا
والدين يجب على العبد لاشتغال ماليته رقبته فلذا لا يبقى الا شاغلا
لماليته وحين كان الدين على الحر لم يكن شاغلا لمالية رقبته اذ لا
مالية لرقبته الحر فلا يبقى ... ويشغل اصفه بعد السبي هكذا
ذكر في المبسوط والقصاص لا يسقط بالسبي بالاتفاق وفي المحيط
ذكر في النوادر مسلم تزوج نصرانية ثم ... معا قال ابو يوسف
تقع الفرقة بينهما وقال محمد لا تقع لانهما ارتدا معا لان النظر اليه
وردكل احد الى اصل الكفر وابو يوسف يقول لم يوجد منهما الحدث

الكفر اصليه فتسبيب المرتدة من المسلم مناسب وذكر ابو الليث ان المراة
لو ارتدت لا تقع بها الفرقة زجرا لها والصحيح وقوعها وتجبر على
ردها الى زوجها حتى لا يجسر على الردة تخلصا من زوجها
وفي قنية المنية لكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير
ولو بدينار رضيت ام لا وفيه ايضا تجبر على الاسلام وبعد
خمسين وتسعين وليس لها الا التزوج بزوجها الاول وقال ابو القسم
الصفار واسماعيل الزاهد وابو نصر الدبوسي وسادان لا تقع الفرقة
بردتها ولا تسترق ما دامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية
وفي النوادر عن ابي حنيفة تسترق وفي المحيط ايضا مسلم تزوج
حربية في دار الحرب فخرج عنها وحده الى دار الاسلام بانت
من زوجها بالتباين خلافا للائمة الثلثة ولو خرجت المراة قبل
زوجها لم تبن لانها صارت من اهل دار الاسلام لالتزامها احكام
المسلمين اذ لا تمكن من العود الى دار الحرب والزوج من اهل
دار الاسلام حكما ولو دخل الحربي دارنا بامان ثم حملت الحربية
ما سلم اليه وان كانت المراة هي الحاملة ثم لم تبن حتى تحيض ثلث
حيض فاذا بانت منه بغير وجه مسلما لا تقع طلاقه عليها لانقطاع
الا الى عدة مسئلة من جنس مسائل الباب نذكرها
في الجامع والزيادات وهي ان الحربي لو تزوج خمسا ثم اسلم
ان كان في عقد بطل الكل وان كان في عقود يصح الاول وعند محمد
يختار اربعا منهن منها وهو قول الائمة وفي الاختين في عقد يبطلان
وفي عقدين يصح الاول وعند محمد والجماعة يختار واحدة منهما
في الصورتين وقول محمد في الذمي كقولهما ولو كان تحته اربع او ثلث
او اختان فسبين وسبي معهن بطل نكاح الكل عندهما ولو سبين
معا في عقدة واحدة او متعاقبا لان نكاح الاربع صحيح عندنا
وعندهم وجود المفسد وهو الرق ليس البعض بالفساد اولى من البعض

فقسد الكل وعند محمد يختار اربعا ولو سبي بالنسبي وبقي في دار
الحرب اثنتين تعيبت الباقيتان للفرقة للتباين ولو كان الحربي
تزوج اما وبنتا ولم يدخل بهما حتى اسلموا ففي الاتفاق يصح الاول
وفي الجامع يبطلان ثم له ان يتزوج البنت دون الام وان كان دخل
بالبنت دون الام فله ان يتزوج البنت دون الام لما عرف وعند محمد
يبطل نكاح الام بكل حال لقوة نكاح البنت استدل محمد بحديث
غيلان بن سلمة الثقفي هكذا في الاستحسان والامام وفي مصنف
ابن ابي بكر بن ابي شيبة بن مسلمة والصحيح بن سلمة انه اسلم وتحته
عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اختر منهن اربعا
وفارق سائرهن ويروى امسك منهن اربعا وفي الالمام رواه الحاكم
في المستدرك من حديث سفيان بن عيينة ويونس والبخاري عن معمر
وفي رواية عيسى ان يتخير منهن اربعا وترك سائرهن اخرجه
الترمذي من حديث سعيد عن معمر وعن البخاري انه غير محفوظ
وعلل وكذا مسلم حكم على معمر بالوهم فيه والصحيح ارساله وخرجه
الدارقطني مسندا وهو ضعيف وقال ابو عمر بن عبد البر ومحمد
لم يبلغ على هذا الاسناد وهو عن ابن شهاب عن سالم عن ابيه
وفي حديث قيس بن الحارث بن حدار الاسدي قال الكمال وهو
الصواب ويقال الحرث بن قيس بن الاسود اسلم وتحته ثمان نسوة
فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يمسك منهن اربعا قال الحافظ
ابو الحسن علي بن القطان في الوهم والايهام علته عبد الحق وترك
علة اعظم من التي ذكرها وقال ابو عمر بن عبد البر ليس للحرث
ابن قيس الا حديث واحد وهو هذا ولم يات من وجه صحيح وحديث
فيروز الديلمي قاتل الاسود العنسي المتنبي الكذاب قال قلت يا رسول
الله اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايهما شئت رواه ابو داود وفي
الترمذي اختر ايتهما شئت وقال حديث حسن واخرجه ابن حبان

ايضا وفيه ابن لهيعة والحديثان موقوفان قاله ابو بكر بن العربي في
العارضة وقال الحافظ ابو الحسن بن القطان وهو ضعيف وفي المبسوط
عن الضحاك بن فيروز الديلمي وللجماعة ذكر عن الضحاك عن ابيه
فيروز فالضحاك هو الراوي عن ابيه لكن في الدارقطني عن الديلمي
وعن ابن الديلمي قال اسلمت وتحتي اختان وقال نوفل بن معوية اسلمت
وتحتي خمس نسوة وهو ضعيف وزعموا ان ترك الاستفصال في
حكايات الاحوال مع الاحتمال ينزل منزلة عموم المقال ولا اعتبار للسابق
الامر كان الاول لو ماتت فامسك مع الباقيات وهن اربع جاز
نكاحهن اتفاقا وان نكاح الخامسة الباقية عندكم فاسد
ولنا ما رواه الحافظ ابو جعفر الطحاوي عن سعيد عن
قتادة قال يختار الاولى والثانية والثالثة والرابعة وقوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين حرم الجمع بينهما وعند الشافعي الكفار
مخاطبون بالفروع واذا وقع في عقد لم يحصل فسخ نكاح الاولى
واندفع نكاح الثانية ولان نكاح الاولى كان صحيحا بحكم الاسلام
والكفر وكذا الاربع الاول ونكاح الاخت الثانية ومن بعد الاربع
غير صحيح بحكم الاسلام فكان صرفه للفساد عند الاسلام الى من
كان نكاحه فاسدا بحكم الاسلام اولى قال ابو بكر بن العربي
في العارضة مع شدة تعصبه للاصول وشواهدها كلها مع ابي حنيفة
وفي الذخيرة المالكية ان صادفنا انكحتهم بشروط الصحة وهي
صحيحة اسلموا ام لا وما لم يصادفها فهي باطلة اسلموا ام لا قال
الشيخ شهاب الدين القرافي وعلى هذا كان ينبغي ان لا يخير بين
الام وابنتها اذا اسلم عليهما بل يقول ان تقدم عقد البنت صحيحا
تعينت البنت وكذا المجوسي اذا اسلم على عشر نسوة بل يقول ان تقدم
اربع منها على الصحة تعين قلت هذا السؤال
الذي اورده على قاعدة مذهبه وهو مذهبنا ولا معارض لها اذ لم

يثبت حديث يعارضها على ما ذكرنا وفي البسيط القياس على ما قال
ابو حنيفة اذ طريان التحريم ههنا نصا هي طريان بين زوجتي المسلم
بارضاع امراه اياهما في الصغر فانهما تندفعان ولا يتخير الرجل
وهو على مذهب الشافعي فانه لا يرى استتباع الكفار في عقائدهم
وهذا يوجب القياس على من اراق خمورهم واليه صار ابن الحداد من
الشافعية لكنه تشبث بالاخبار انتهى كلامه قلت
الا انه لم يثبت فيجب العمل بالنظر قوله واذا خرجت
المرأة الينا مهاجرة جاز لها ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي
حنيفة وقالا عليها العدة وفي المبسوط ان خرجت الى دار الاسلام
مسلمة او ذمية فلا عدة عليها عند ابي حنيفة الا ان يكون حاملا
وعندهما عليها العدة وفي ملتقى البحار خرجت مسلمة او قبلت
عقد الذمة وفيه مراغمة اي منقطعة عنهم وفي المغرب الرغم الذل
وراغمه اذا فارقه على رغمه وهو مثلث ذكره في الصحاح ومنه خرج
مراغما اي مغاضبا وراغمت القوم اي نابذتهم وخرجت عنهم والمراغم
المذهب وفي المصفى المراغم المهاجر والمراغمة اي المهاجرة والوجه
قول الجمهور لان الفرقة وقعت بعد دخول دار الاسلام فيلزمها
حكم الاسلام واستدلوا بما رواه مسلم والترمذي وابو داود
والنسائي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بعثا
الى اوطاس فلقوا عدوهم فقاتلوهم وظهروا عليهم واصابوا
لهم سبايا فكان اناسا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
تحرجوا من غشيانهن من اجل ازواجهن من المشركين فانزل الله
تعالى في ذلك والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم اي فهن
لهن حلال اذا انقضت عدتهن وفي سنن ابي داود عن ابي سعيد
الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سبايا اوطاس
لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة وفي الترمذي

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقي
ماءه زرع غيره وفي رواية ولد غيره وقال الحديث حسن وروى احمد
ابن حنبل انه صلى الله عليه وسلم نهى ان توطا المراة حتى تحيض والحبالى
حتى يضعن ما في بطونهن وفي لفظ لابي داود حتى يستبرئها بحيضة
وقال ابو داود وذكر الحيضة غير محفوظة وهو وهم من ابي معوية وفي
اسناده شريك بن عبد الله القاضي وفيه كلام ولنا قوله تعالى
ولا جناح عليكم ان تنكحوهن المهاجرات من غير شرط ايجاب العدة
وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد تقدم ذلك ولان تباين
الدارين اثر في رفع النكاح فيرتفع اثره كما لو اشترى زوجته واعتق
بالمستسعى وام الولد اذا اعتقت تتزوج فانه لا عدة عليهما عنده واما اذا
كانت حاملا فلا تتزوج لا لحق الحمل لما ثبت النسب من الغير كام الولد
اذا حملت من مولاها لا تتزوج حتى تضع حملها وروى الحسن عن ابي
حنيفة ان النكاح يصح ولا يقربها حتى تضع لعدم حرمة ماء الحربي
كالحامل من الزنى والاول اصح وسواء خرج احدهما مسلما او ذميا
او مستامنا او صار ذميا وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج
اربعا سواها او اختها في دار الاسلام لانه لا عدة على المراة في
دار الحرب عندهم جميعا لعدم الخطاب ولو خرجا مستامنين
فاسلمت ففي رواية كتاب النكاح يتوقف انقطاع النكاح
على انقضاء ثلث حيض لانه من اهل دار الحرب وفي رواية كتاب الاسلام مع
الطلاق يعرض السلطان عليه فان ابى فرق بينهما وان لم يعرض
حتى مضى ثلث حيض وفي حق المستامن اي الامرين وجد يقع به الفرقة
والجواب عن الحديث الاول انهم اطلقوا على الاستبراء اسم الحيض
والاستبراء بالحيضة ليس بعدة قال صلى الله عليه وسلم عدة الامة حيضتان
وانما شرعت الحيضة في الاستبراء لتجدد الملك وان لم يكن قبله نكاح
ويشرع ذلك فيما لا تحيض فيه العدة وفي الصحاح والمجمل لابن فارس

الوطيس التنور وحمي الوطيس اذا اشتدت الحرب واوطاس موضع وفي
المعرب واوطاس موضع على ثلث مراحل من مكة وكانت به وقعة
النبي صلى الله عليه وسلم وفي الكتاب لابي حنيفة انها اثر النكاح
المتقدم اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي وهذا المحتج على
المسبية في قوله واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام
وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت
منها فهي كما قالا وفي المغني اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول
انفسخ النكاح في قول عامة اهل العلم وحكي عن داود بن علي
الاصفهاني انه لا ينفسخ بالردة وان كانت الردة بعد الدخول
فكذلك في احدى الروايتين عن احمد بن حنبل وهو قول الحسن وعمر
ابن عبد العزيز وابي حنيفة ومالك والثوري وزفر وابي ثور وابن المنذر
كالرضاع وفي الرواية الثانية يقف على انقضاء العدة وهو قول
الشافعي واسحق ومحمد يعتبر بالاباء وابو يوسف مر على ما اصلنا له
بان ذلك مختص باحد الزوجين فلم يشترك فيه فاشبه خيار
البلوغ وابو حنيفة فرق بين الاباء والردة وهو ان الردة منافية للنكاح
لكونها منافية للعصمة والطلاق منه للنكاح والمنافي قائم
فيتعذر جعله طلاقا لان الطلاق لا يكون الا بشيء فانه يفوت الامساك بالمعروف
فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء
على القضاء بخلاف الردة وفي الجواهر ردته تقطع العصمة بينهما
ساعة ارتد ان رواه ابن القاسم في المدونة قال ولذا ردتها
عنده وتكون طلقة بائنة وليس له عليها رجعة وان اسلم في
عدتها وفي رواية ابن ابي اويس وابن الماجشون عن مالك انها فسخ وقال
سحنون ان اسلم في عدتها فهو احق بها ثم ان من المالكية من جعل
الردة فسخا ومنهم من جعلها طلقة بائنة ومنهم من جعلها طلقة

رجعية ومنهم من قال لو اسلم يعود الى زوجته كما كانت من غير طلاق
ولا فسخ كما يعود المرتد الى ماله على المعروف من المذهب ثم ان كان الزوج
هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصفه ان لم يدخل بها لان الفرقة
جاءت من قبله كالطلاق وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها
لتأكده بالدخول وان لم يدخل بها فلا مهر لها كتقبيل ابن زوجها
قبل الدخول اذ الفرقة جاءت من قبلها ولذا لا نفقة لها وان قبلته
في العدة لا تسقط النفقة وان حبست في عدتها بدين او ردة سقطت
نفقتها وان عادت الى منزله مسلمة او مرتدة عادت نفقتها وفي
البسيط الردة منه قبل الدخول تنصف المهر ومنها تسقطه وبعد
الدخول في المنصوص وهو الاصح لا يسقط وفي قول يسقط المسمى
كالفسخ بالعيوب فان المنصوص سقوطه بعد المسيس وقبله وفي
المغني ان ارتدت قبل الدخول فلا مهر لها وان ارتد قبل الدخول
فلها نصف المهر وبعد الدخول لا يسقط كقولنا وكاسلام احد
الزوجين وان ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما وهو
استحسان وفي المغني ارتدا معا فحكمهما كما لو ارتد احدهما فان
كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وهو قول الشافعي لان في ردتهما ردة
احدهما وهي مبطلة ولنا ان بني حنيفة ارتدوا ومنعوا الزكاة
فقاتلهم ابو بكر الصديق في خلافته حتى رجعوا الى الاسلام
فبقوا على انكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الانكحة بينهم والارتداد والاسلام
منهم وقع معا لجهالة التاريخ كالغرقى والحرقى والهدمى لما عرف
ولو اسلم احدهما بعد ارتدادهما معا قبل اسلام الاخر فسد نكاحهما
لاصرار الاخر على الردة اذ الردة منافية للنكاح فيبطل كالابتداء
وفي المبسوط والبدائع لو ارتدا معا فهما على نكاحهما [illegible]
ولو اسلما بعد معا وفي المحيط ان ارتدا في كلمة واحدة لم تبن

باب القسم وفي

الصحاح والمغرب القسم بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت
الشيء فانقسم والقسم بالكسر واحد الاقسام والنصيب من
الحظ كالطحن للدقيق قوله واذا كان للرجل امرأتان حرتان
فعليه ان يعدل بينهما في القسم اي يسوي بكرين كانتا او ثيبين
او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا والجديدة والقديمة فيه سواء عندنا
وبه قال الحكم وحماد والاصل فيه حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له امرأتان فمال الى
احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل رواه ابو داود والنسائي والترمذي
وابن ماجة واحمد بن حنبل وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك
فلا تلمني فيما تملك ولا املك يعني القلب رواه ابو داود والنسائي وابن
ماجة والترمذي وقال الارسال اصح ويقسم هذا للصحيحة والمريضة
والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها والحائض والنفساء والصغيرة
التي لا يمكن وطؤها والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها وهو قول الائمة
وغيرهم وعند الائمة الثلاثة يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند
الثيب الجديدة ثلثا ولا يحتسب عليهما بذلك وهو قول النخعي والشعبي
وابن راهويه واختاره ابن المنذر وقيل للبكر ثلاث وللثيب ليلتان
هكذا روي عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وخلاس بن عمرو
ونافع مولى ابن عمر وفي الجواهر والمغني الامة الجديدة سبع اذا كانت
بكرا وان كانت ثيبا فلها ثلاث عند المالكية والحنابلة فجعلوها
كالحرة البكر والثيب وللشافعية فيه ثلاثة اوجه احدها ما ذكرناه
عن المالكية والحنابلة من التسوية بين الحرة والامة والثاني الامة
على النصف كسائر القسم والثالث للبكر من الاماء اربع وللثيب ليلتان
لتعذر التنصيف ذكره في النهاية لامام الحرمين وفي
الجواهر الزيادة حق الزوجة او حق الزوج او حقهما فيه اختلاف

وفي الجواهر والنهاية والمغني على ولي المجنون ان يطوف به على نسائه
وفي النهاية لو ترك حق واحدة وخص الزوج بالباقيات كان ظالما
منه ويجب عليه القضاء في احد الوجهين ويسقط القسم بالجنون
فلا يطالبه على الولي برعايته فان الغرض الاظهر من القسم الايناس
ودفع اظهار الميل وذلك مفقود من المجنون فلو عنت عارض ذلك
نظر وهو ان يطالبه الولي بان يبيت عندهن ويطوف به الولي
عليهن لا وجه له فان الزوج العاقل لو ترك ذلك فلا يطالبه وانما يطالب
وانما يطالب الولي بما يطالب الولي الزوج ونص الشافعي ان على ولي
المجنون ان يطوف به على نسائه والله اعلم ولـــــــ ذلك منهم
تحكم بلا دليل شرعي ولا يجعل نوبة الجنون لواحدة ونوبة الافاقة
لواحدة بل يجعل لكل واحدة نوبة جنون وافاقة وفي النهاية
لو اقام عند البنت الجديدة سبعا بطلبها اقام عند كل واحدة
من الضرات سبعا سبعا وبطل اختصاصها بالثلث وان اقام
عندها الثلث لم يقض الثلث وبه اخذ ابن حنبل وان كان السبع
بغير طلبها لم يبطل اختصاصها بالثلث ولم يقض لصواحباتها الا
الاربع الزوائد وفي الجواهر لو التمست الثيب بان على الثلث
لم يلتفت اليها بل تستانف القسم وقال ابو الحسن يكمل سبعها
ثم يقضي لكل واحدة سبعا وجعل طلب الزيادة مبطلا لحقها وهذا
الشافعية والحنابلة وبه قال الحنفي على احد ولا حجة لهم في الحديث
على ما ياتي للائمة الثلاثة ما روى ابو قلابة عن انس قال من السنة
اذا تزوج بكرا اقام عندها سبعا واذا تزوج ثيبا اقام عندها
ثلثا ثم قسم قال ابو قلابة ولو شئت لقلت ان انسا رفعه اخرجاه
وعن انس سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب
ثلث ثم يعود الى نسائه اخرجه الدارقطني ولانها لم تالف
صحبة زوجها بعد ولعله يحصل في اول الامر نوع نفرة وكان

في الزيادة ان الثيب وحشتها ان اجتماع الزوجات عنده سبب
لوجوب التسوية بينهن لعصمة العدل وحرمة الميل لما ذكرنا
قبل هذا ولو جاز تفضيل بعض الزوجات على بعض لكانت
القديمة اولى به لما وقعها من الكسرة والوحشة وادخال الغيظ
والغيرة على القديمة بسبب ادخال الضرة عليها والمراد من الحديث
انما التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة كما في حديث ام سلمة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها اقام عندها ثلثا
وقال انه ليس بك على اهلك هوان ان شئت سبعت لك وان
سبعت لك سبعت لنسائي رواه مسلم وابو داود وابن ماجه
وفي رواية قال صلى الله عليه وسلم لام سلمة ان شئت ثلثت لك
وثلثت لهن خلوصها تمس الاية السرخسي وقال المنذري بل التسوية
بينهن واجبة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما كان يفعله تفضلا
وذكر امام الحرمين ذلك في كتاب النكاح وحكى فيه خلافا ويدل
انه صلى الله عليه وسلم كان يقسم لثمان ولا يقسم لواحدة قال عطاء هي
صفية بنت حيي بن اخطب رواه مسلم قال الله تعالى ترجي من
تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء فكان ممن اوى عائشة وام سلمة
وزينب وحفصة ذكره المنذري وفي القواعد لابن رشد المالكي
في حديث انس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تزوج بكرا
اقام عندها سبعا واذا تزوج ثيبا اقام عندها ثلثا حديث
بصري رواه ابو داود وحديث ام سلمة مدني متفق عليه فصار
اهل المدينة الى ما خرجه اهل البصرة مع انه ليس في الصحة مثل
حديث ام سلمة المدني وصار اهل الكوفة الى ما صار اليه
اهل المدينة واختلفت المالكية على اقامة السبع والثلث واجبة
او مستحبة فبالوجوب قال ابن القاسم وبالاستحباب قال ابن عبد
الحكم وسبب الخلاف حمل فعله صلى الله عليه وسلم على الوجوب او على

الندب والندب هو المختار عند أكثر الأصوليين وأكثر الفقهاء ومن
الناس من قال يدل على الوجوب وما زاد فهو نفل وقد ذكرنا أن
التسوية بين نسائه لم تكن واجبة عليه فسقط القول بالوجوب
في الحديث البكر والثيب بالاحتجاج بفعله صلى الله عليه وسلم
ويدل على أن ذلك ليس بشيء حتم ما روى أنس قال لما أخذ صفية
أقام عندها ثلاثا وكانت ثيبا رواه أبو داود وأحمد بن حنبل ولم
يقل أحد بوجوبه بملك اليمين ثم بعد ذلك أعتقها وتزوجها وجعل
عتقها صداقها وقول أنس السنة يقتضي وجوب ذلك أيضا ولا يمكن
حمله على سنة النبي صلى الله عليه وسلم إذ السنة ما واظب عليه
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتركه إلا مرة أو مرتين كيلا
يعتقد فرضيته والنبي صلى الله عليه وسلم لم يتزوج بكرا غير
عائشة رضي الله عنها فكيف يثبت السنة بمرة واحدة وحكى ابن
رشد حديث أنس كان صلى الله عليه وسلم إذا تزوج بكرا إلى آخره
عن أبي داود ولا أصل له عنده والحديث ليس هو متفق عليه كما ذكره
وإنما هو من مفردات مسلم كما ذكرته وقال الحافظ أبو جعفر
كان لكل واحدة غيرها سبع إذا أقام عندها سبعا كان
لكل واحدة ثلاث إذا أقام عندها ثلاثا في النظر الصحيح والقول
به استقامة تأويل الآثار ولأن القسم من حقوق النكاح فيسوى
بينهن كما يسوى بينهن في المأكول والمشروب والملبوس هكذا
في المبسوط وفي المغني لا تجب التسوية بينهن في الكسوة والنفقة إذا قام
بالواجب لكل واحدة كالوطء ولا اعتبار في مقدار المدة ولكن للزوج
وفي المبسوط إذا كان للرجل الحر والمملوك امرأتان حرتان فعليه أن
يكون عند كل واحدة يوما وليلة وإن شاء يومين وليلتين وإن شاء
ثلاثة أيام ولياليها والمستحق عليه التسوية بينهن ولا تجب عليه
التسوية في الجماع كالمحبة بالقلب وفي الجواهر لا يزاد على ليلة

ولا ينقص

ولا ينقص منها إلا برضاهن وبه قال ابن حنبل وعند الظاهرية لا
يزاد على سبع ذكره في المحلى وفي النهاية وعماد القسم الليل لأنه
سكن قال الله تعالى وجعل الليل سكنا وقال تعالى أزواجا لتسكنوا
إليهن وفي حق الحواشي النهار فحاصل أن المعتبر فيه وقت السكون والدعة
ويقسم ليلة وليلتين وثلاثا وإن أراد أن يزيد على الثلاث ففيه وجهان
أحدهما لا يجوز وإن جوزنا الزيادة على الثلاث ففيها وجهان ذكرهما
صاحب التقريب أحدهما لا توقيت والثاني توقيت تسع ليال
ولم يتعرض لمدة الإيلاء وإن كان لها معتبرا في حق الشرع في
الإضرار قلت ـــ مدة الإيلاء غير معتبرة في القسم فإن المولي
لو بات عندها أربعة أشهر من غير جماع بانت منه أو استحقت
التطليق بعدها ولا بد من الجماع في المدة بخلاف القسم والقرعة
في الابتداء بواحدة منهن مستحب وبه قال مالك وقال ابن حنبل مستحق
وهو الصحيح من مذهب الشافعي وقيل تخيير وفي القواعد
للشيخ عز الدين بن عبد السلام لا وجه للإقراع عند تعارض
البينتين ولا عند تعارض الخبرين إذ لا تقيد بهم بأحد الخبرين
ولا بإحدى الشهادتين قلت ـــ وقد ذكروا أن شرع القرعة
إنما كان لدفع إيغار الصدور والأحقاد والضغائن والرضا
بالمقادير لأن القرعة تظهر الحق ويبنى على ذلك قوله لا فائدة
فيه بإحدى الشهادتين وإحدى الخبرين ليس بتعليل
صحيح مع أن ما قوله من الواجبات ليس له أصل فيها ألا ترى
أن من أعتق أحد عبديه بعد عينه ثم مات ولم يبين وأقرع
بينهما فأعتق أحدهما وأبقى الآخر رقيقا فهذا سبب للصحة والعاد
والحديث حرمانه بالقرعة بعد وجود سبب استحقاقه والحرية
أما إذا شاع العتق فيهما وعتق نصف كل واحد لعدم الأولوية
فلا أحد ولا ضعيفه وقد قال جماعة من العلماء أن من طلق إحدى

امرابيه بسبب الطلاق فيهما والجواب عن تمسكهم بالحجر
الغريب الوضع وهو ان يكون لانسان له ستر اعبد ولا مال له
سواهم من باب المستحيل العادي ويأتي الكلام عليه في موضع
ان شاء الله تعالى ثم ان الزوج لو اقام عند واحدة شهرا ظلما مع
طلب القسم من الباقيات او بغير طلب فليس عليه ان يعوض ذلك
في المبسوط والمحيط لانه ليس بمال فلم يكن دينا عليه في الذمة لكنه
ظالم يوعظ فان اصر يوجد بعزيرا وفي المبسوط ولان وجوب
القسم بالطلب ولم يوجد فيما مضى وقال الشافعي وابن حنبل يقضي
ولا يلزمه ان يبيت عند زوجته وكذا الزوجتان والزوجات
كامراة واحدة وبه قال الشافعي فان بات عند واحدة منهن
فعليه التسوية في المبيت الذي تقتضيه ادب الدين ان لا يعطلها
ذكره في النهاية وفي المحيط ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل
ان يكون عندها اذا طلبت وعند ابي حنيفة في رواية الحسن عنه
يجعل لها يوما من اربعة ايام وبه قال الثوري وابو ثور وابن حنبل
وهكذا ذكره الحافظ ابو جعفر الطحاوي عنه والصحيح غير
ذلك وبه قال الشافعي والجمهور وحجة ابي حنيفة على رواية
الحسن ومن قال بقوله قوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن
عمرو بن العاص الم اخبر انك تصوم النهار وتقوم الليل قلت
بلى يا رسول الله قال لا تفعل صم وافطر وقم ونم فان لجسدك عليك حقا
ولعينك عليك حقا وان لزوجتك عليك حقا متفق عليه ويروى
خطا ايضا وقد اشتهرت قصة كعب بن سوار ورواها عمر بن شبة
في كتاب قضاة البصرة من وجوه احدها عن الشعبي ان كعب
ابن سوار كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امراة فقالت
يا امير المومنين ما رايت رجلا افضل من زوجي والله انه ليبيت
قايما ويظل نهاره صايما فاستغفر لها واثنى عليها

واستحيت المراة وقامت راجعة فقال كعب يا امير المومنين هلا اعديت
المراة من زوجها فجاء بعلها فقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من امرهما
ما لم افهمه فقال اني اقول كانها امراة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن
لها يوم وليلة وله ثلاثة ايام ولياليهن يتعبد فيهن فقال له عمر
اذهب فانت قاض على اهل البصرة قال ابن المنذر هذا غير
متصل عن عمر من رواية وفي رواية قال له عمر نعم القاضي
انت ويروى عن كعب انه لما قضى قال ان لها عليك حقا ما تعطل
نصيبها في اربع لمن عدل فاعطها ذاك ودع عنك العلل واستدل
مالك وابن حنبل وداود على وجوب الوطي على الرجل اذا لم يكن
له عذر به قالوا وزاد في ذلك في كل طهر مرة وعندنا لا يجب
بعد الوطية الواحدة التي خرج بها عن العنة وهو قول الشافعي
والاكثرين قالوا ولهذا يجب استيذانها في العزل ويقع الطلاق
بتركها بغير وطي اربعة اشهر بالايلا وفي المغني وحق الامة ليلة
من كل سبع ليال وهكذا ذكره الاسبيجابي عن ابي حنيفة رحمه الله
على قوله الاول لان اكثر ما يمكن ان يجمع معها ثلث حراير لهن ست ليال
ولها الليلة السابعة قال الموفق بن قدامة في المغني والذي
يقوى عندي ان لها من كل ثمان ليال ليكون على النصف من ما
للحرة فان حق الحرة من كل ثمان ليال ليلتان فلها نصف الليلتين
ليلة واحدة فلو كان لها ليلة من سبع لزاد على النصف ولم تكن
للحرة ليلتان وللامة ليلة ووجه الظاهر ان ذلك يودي
الى تفويت النوافل على الزوج لاسيما اذا كانت له اربع زوجات
الا انه يومر بان يفاجيها احيانا ويصوم ويصلي ما امكن وفي
المبسوط عند الاجماع يحصل الغرض والمقصد ولا يحصل ذلك عند
الانفراد وقد تقدم واجمعوا على انه لو بات عند امراة وبقي عندها
دهرا لا يجب عليه القضا للزوجة مع لحاق المقصد والغيره

بذلك للزوجات وبا ستد حالهن بذلك من الالم والهوان الا عند الظاهرية
لا يجوز المبيت له عند امته وام ولده ولا في دار غيرهن الا من عذر
ذكره في المحلى وفي المغني فان قسم احداهما ثم طلق الاخرى قبل
قسمها اثم فان تزوجها قضى لها فان منعته الناشزة في قسمها
سقط فان اطاعت بعد ذلك استانف القسمة والله اعلم
فرع جعلت له مالا على ان يزيد في ايامها فهي
باطلة وعليها ان ترجع في مالها وان زادها في ايامها لان ذلك
رشوة لا تسوغ في الحكم وكذا لو حطت من مهرها او زاد
في مهرها شيئا بهذا الشرط وبه قال الشافعي وابن حنبل وقال
ابو ثور هو جائز وهو مذهب الحسن البصري ذكره في الاشراف
وفي قنية المنية قالت لزوجها على ان لا اريد منك حقوق الليل
ولا تملك لا تقسم لهما من حقوق النهار شيئا فتزوجها لا يلزمه غير
النفقة والمبيت الا ان يترك ذلك بعد النكاح وان يشترط تزوجها
ويقيم عندها اياما او يطلق القديمة فسالته ان لا يطلقها ويقيم
عندها فتزوجها على هذا الشرط كان جائزا لا باس به لحديث
سودة رضي الله عنها انها وهبت يومها لعائشة وكان صلى الله عليه
وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه
لكن ذلك غير لازم ولها ان ترجع وتطالب بالعدل في القسم وفي
النهاية الواهبة نوبتها على ثلث مسالك ان يعين الموهوب لها
من ضراتها والثاني ان تطلق الهبة ولا تعين واحدة منهن والثالث
ان تقول لزوجها وهبتها لك فضعها حيث شئت او قالت
فاقسمها بين ضراتي اما الاولى فلا بد معها من رضى الزوج حتى
لو اراد ان يقيم عند الواهبة في نوبتها فله ذلك لانها لا تملك
اسقاط حقه فيها فان قال الزوج قد اسقطت حقك وانا
اقرها من شيئ فليس له ذلك قال وفيه اشكال فان وهبتها

ها ليس تمليكا منها بل هي اسقاط وترك ولهذا لا يشترط قبولها
ولو ردت بيت الزوج عندها كرهنا والجواب ان ترك حقها
مشروط بهذا الشرط فيراعى ذلك المشروط واما الثانية فالقسم
يكون بين الثلث ليلة ليلة او اكثر حسبها واما الثالثة فالزوج
بالخيار ان شاء جعلها في الكل وان شاء خصها في واحدة منهن وقطع
الصيدلاني بان الزوج لا يخص واحدة كالمطلقة وان جامع في غير
نوبتها وكانت غيرها ففيه ثلاثة اوجه الوجه الاول
انه يقضي تلك الليلة لافسادها بالجماع وان لم يوجبوا التسوية
في الجماع وان عاد اليها وبات عندها والوجه الثاني يكون
به عاصيا ولا يقضي كما قلنا عن قريب تقدم لكن هذا اذا لم يتوقف
في زمن محسوس والوجه الثالث انه لم يصب المظلومة
في تلك الليلة رية قلت هذا ابعد من الوجه الثاني
وبالجماع عليها في تلك لا يرتفع الظلم فعل وطئها في نوبة غيرها حرام
مع انه صادف محل الحل وكان بعيدا فان احتماله فهو ممنوع
من الجماع لعينه وليس كالصلاة في الارض المغصوبة وما يريد
اشكالا لا ان الوطي ليس علته لواحدة والقطع فيها الاباحة
وصرف التحريم الى ايقاع المصطلح لا الى ما وقع به المصطلح
قوله وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة
الثلثان من القسم وللامة الثلث وهو قول علي بن ابي طالب وسعيد
ابن المسيب ومسروق والاوزاعي والثوري والشافعي وابن
حنبل واسحاق بن راهويه وابو عبيدة وفي الجواهر الروايتين
المشهور عن مالك التسوية بين الحرة والامة في القسم وروي
رجوعه الى التفاضل واتفقوا على التسوية بينهما في النفقة
والكسوة والسكنى ومذهب علي بن ابي طالب رواه الدارقطني
قال امام الحرمين في النهاية روي الحسن عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم انه قال للحرة ثلثا القسم وللامة ثلثه ولا اصل له
وفي المبسوط والزوجة المكاتبة والمدبرة وام الولد كالامة في
القسم كما ذكره في الكتاب لقيام الرق في الكل وحكي وحل الامة
انقص من حل الحرة اذ لا تحل على الحرة ولا معها ويحرم بتطليقتين
بخلاف الكسوة والنفقة والسكنى فانها مبنية على الكفاية وفي
المحيط لو اقام عند الامة يومًا فاعتقت يقيم عند الحرة يومًا وقال
زفر يومين قلنا النقص قد زال فيجب التسوية وفي المبسوط
لو اقام عند الحرة يومًا فعتقت تتحول اليها وفي النهاية ان عتقت
الامة وكانت البداءة بالحرة وهي الليلة الاولى واقام عند العتيقة
ليلة ثم قسم ليلة ليلة وان شاء اقام عند الحرة تمام الليلتين
واقام عند العتيقة ليلتين فان عتقت في الليلة الثانية للحرة
فله ان يقيم عندها يتممها ثم يقيم عند العتيقة ليلتين ايضًا
فان كانت تلك الليلة قد مضت فله ان يخرج الى العتيقة ويقيم
عندها ليلة ونصفًا ولا يجوز وضع القسم ابتداء على انصاف
الليالي وان عتقت في نصف الليلة الاولى للحرة لا ينقص عن
ليلة وان استوفت الحرة ليلتها وانتهت النوبة الى الامة فعتقت
في الليلة الاولى فلها ليلتان وان عتقت الامة في ليلتها
فالعتق الطاري على نوبتها يثبت لها كالنوبة للحرة ليلتين
ثم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء
منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وهو
قول مالك وقال الشافعي وابن حنبل رضي الله عنهما القرعة
واجبة وفي الجواهر روي عن مالك القرعة في السفر للزوج من
غير قرعة وهو اختيار ابن القاسم ولان المصلحة تكون للبعض
في اتيانها في منزله لثقل جسمها بكثرة سمنها وسمنها او بكبر
سنها وضعفها وعجزها عن السفر والحركة وثوقه

بها في حفظ ماله اذا بقيت واكثر اولادها منه وكثرة عيالها
ومنهن القليلة العيال الخفيفة الجسم القادرة على الحركة وعلى
السفر ومشاقه احتج الشافعي وابن حنبل بحديث عائشة رضي الله
عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرًا اقرع بين
نسائه وايتهن خرجت قرعتها وروي ايتهن خرج سهمها خرج
بها متفق عليه قلنا هذا يدل على الاستحباب وليس نصًا في
الاستحقاق وقد ذكرنا ان التسوية بينهن لم تكن واجبة على النبي
صلى الله عليه وسلم في الحضر ففي السفر اولى لما ذكرنا ولان للزوج
ان يستصحب واحدة واحدة منهن فكذا له ان يسافر
بواحدة منهن والشرع بغير اقراع ولا اذن وانما كان يفعل ذلك
لتطييب قلوبهن ثم لا يقضي مدة السفر بواحدة منهن لو انه لبقية نسائه
وقال داود الظاهري يقضي وقال الشافعي رحمه الله عليه لا يقضي
وابن حنبل اذا كان بقرعة وعند ابن حنبل يقضي مدة الاقامة في سفره
بعده وفي المغني ان خرجت القرعة لواحدة فتركها وسافر وحده
جاز ولا يقضي وليس له ان يسافر بغيرها وعندنا له ذلك وبه
قال مالك وان امتنعت من السفر معه سقط حقها ان رضي الزوج
وعندنا لا حق لها في السفر وفي المغني ايضًا لو اقام المسافر
احدى وعشرين صلاة فما دونها لم يقض فان زاد قضى جميع مدة
اقامته لانه مقيم ومتى [illegible] على الاقامة قضى ما اقامه
وان قل وان خرج بعد ذلك الى بلده او بلدة اخرى لم يقض ما سافر
لانه في حكم السفر الواحد وان رضيت احدى الزوجات بترك
قسمها لصاحبتها جاز وقد ذكرناه وفي المنتظم لابن الجوزي طلق
رسول الله صلى الله عليه وسلم سودة بنت زمعة فجعلت نوبتها
لعائشة رضي الله عنها فراجعها هكذا ذكره ابن حبيب الهاشمي
ولها ان ترجع في ذلك وقد اوضحناه قبل هذا والله اعلم

كتاب الرضاع ت في مشارق
الانوار للقاضي عياض الرضاع والرضاعة بفتح الراء وكسرها
فيهما وانكر الاصمعي الكسر مع الهاء وفي الصحاح رضع الصبي
امه يرضعها رضاعا مثل سمع يسمع سماعا واهل نجد يقولون رضع
يرضع رضعا بكسر الضاد في الماضي مثل ضرب يضرب
ضربا والمرضع التي لها لبن رضاع وان لم يكن لها ولد ترضعه قال
وصفتها بارضاع الولد قلت مرضعة وقولهم لئيم
راضع هو الذي يرضع ابله او غنمه ولا يحلبها لئلا يسمع صوت
حلبه فيطلب منه اللبن وفي المبسوط قيل ليس كتاب
الرضاع من تصنيف محمد وانما عمله بعض اصحابه ونسبه اليه
ليروج ولهذا لم يذكره الحاكم الكامل في المختصر وقال اكثرهم
هو اول تصنيفاته ولكن داخل دهشة وانما لم يذكر
الحاكم في المختصر اكتفا بما اورده من ذلك في كتاب النكاح
قوله قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع
حصل به التحريم والرضاع فعل الرضيع والارضاع فعل
المرضعة قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف قليل الرضاع
وكثيره سوا وروي هذا القول عن علي بن ابي طالب وعبد الله
ابن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وبه
قال الحسن بن ابي الحسن البصري وسعيد بن المسيب وطاوس
وعطا ومكحول والزهري وقتادة وعمرو بن دينار والحكم
وحماد والاوزاعي والثوري ووكيع وعبد الله بن المبارك والليث
ابن سعد ومجاهد من التابعين وزاد الشيخ ابو بكر
الرازي عمر بن الخطاب والشعبي والنخعي قال ابن المنذر وهو
قول اكثر الفقها وقال البغوي هو قول جمهور العلما وقال
الليث اجمع المسلمون على ان قليل الرضاع وكثيره تحرم في

المهد كما يفطر الصائم حكى ذلك عنه ابو بكر الرازي وابن قدامة
في المغني وقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وهو قول
ابن الزبير وروي ذلك عن عائشة وسليمان بن يسار وابن جبير
واسحق قال ابو عبيد وابو ثور وداود انما تحرم الثلث من مفهوم
لا تحرم المصة ولا المصتان وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة عن
ابن الزبير ولا الثلث وفيه قول ثالث وهو قول الشافعي وابن
حنبل في ظاهر المذهب وعنه ثلث وعنه واحدة ذكرها
ابن قدامة في المقنع وقال الرافعي وفي ظاهر المذهب وجهان احدهما
كقول ابي حنيفة والثاني ثلث رضعات واختاره مشايخنا وفيه
قول رابع يروى عن عائشة انها قالت لا يحرم الا سبع رضعات
وفيه قول خامس وهو ان المحرم عشر رضعات وهو قول حفصة
قال ابن المنذر روينا عن عائشة انها قالت لا يحرم الا سبع رضعات
واختار الثلث المحدثين وقال لولا ما كان يعني ان لا الا ظاهر
قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
تعلق الشافعي بقول عائشة كان فيما انزل من القران عشر
رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرا من القران رواه
مسلم قالوا اراد به قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه النسخ كان يقراها
وفيه عنها قالت نزل في القران عشر رضعات معلومات
ثم نزل خمس معلومات وعنها قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان رواه مسلم وفي لفظ
مسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان رواه مسلم وفي لفظ له لا تحرم
الرضعة والرضعتان والمصة او المصتان وفي لفظ لا تحرم الا
ملاجة ولا الاملاجتان والمصة كالعضة المرة من المص من علم والتمصيص
المص مهلة والملج الملجا اذا رضع من دخل والاملاج الارضاع ذكره

في الصحاح وطليم الطليم ولعامه اهل العلم قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة جعل الله تعالى علة التحريم فعل
الرضاع قل او كثر وقال الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القرآن
اقتضى فعل الرضاع استحقاق اسم الامومة والاخوة بوجود نفس
فعل الرضاع وذلك يقتضي وجوب التحريم بقليل الفعل وكثيره ويصدق
اطلاق الاسم عليه بذلك وهذا لان كل حكم تعلق بعلة في الشرع
ثبت الحكم بوجودها لا بعدد منه ذكره في المنافع وقيل لابن عمر ان ابن
عباس يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من
قضاء ابن عباس وقال ابو بكر بن العربي الحكيم
يستغني بها عن تمسكهم بالقرآن فهي ان الرضاع وصف يثبت بنفس
الفعل وهذا معلوم عربية وشرعا فلما قال الله تعالى وامهاتكم
اللاتي ارضعنكم ارتبط التحريم بالرضاع مطلقا من غير
تقييد بخمس او بسبع او عشر ونحو ذلك فمن قيده بعدد لا يدل القرآن
عليه فقد رفع حكم الآية بامر مضطرب لا يعول عليه وقال
الحافظ ابو جعفر انا راينا الذي يحرم لا عدد فيه بل يحرم قليله
وكثيره كمن وطئ امراة بنكاح او بملك يمين او بشبهة مرة واحدة
يحرم على الواطئ امها وبنتها ويحرم هي على ابيه وابنه كذا الرضاع
فانه بمنزلة النسب لان الحكم اذا علق على شيء بها اسم غير معلوم
يتعلق بادنى ما يصدق عليه الاسم كما لو اشترى عبدا على انه
خباز او كاتب وروى سعيد بن المسيب عن علي بن ابي طالب
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله حرم من الرضاع
ما حرم من النسب قال الترمذي حديث حسن صحيح قال ابن
العربي في العارضة علي بن زيد هو ضعيف وفي حديث عائشة
انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى حرم من الرضاع ما حرم
من الولادة متفق عليه وفي البخاري ومسلم يحرم من الرضاع ما

يحرم من الرحم وفي لفظ ما يحرم من النسب من غير تقييد بعدد كالقرآن
وقال ابو الحسن بن بطال احاديث عائشة مضطربة فوجب تركها
والرجوع الى كتاب الله تعالى وحديث لا الاملاجة ولا الاملاجتان
لا تثبت التي ترويه مرة ابن الزبير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ومرة عن عائشة رضي الله عنها ومرة عن ابيه ومثل هذا الاضطراب
يسقطه وروى ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان مما انزل
الله تعالى من القرآن ثم سقط لا يحرم الا عشر رضعات او
خمس معلومات على الشك وعن عائشة رضي الله عنها لقد انزلت
آية الرجم ورضاع الكبير عشرا ولقد كان في صحيفة تحت
سريري فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وتشاغلنا
بموته دخل داجن فاكلها رواه ابن ماجه وقال القاضي عياض
في الاكمال لا حجة في خمس رضعات لان عائشة رضي الله عنها احالتها
على انه قرآن وقد ثبت انه ليس من القرآن ولا تحل القراءة به
ولا اثباته في المصحف اذ القرآن لا يثبت بخبر الواحد فليسقط
التعلق به وقال النووي في شرح مسلم اعترضوا على الشافعية
بان حديث عائشة رضي الله عنها هذا لا يحتج به عندهم وعند
محققي الاصوليين لان القرآن لا يثبت بخبر الواحد ولم يثبت عنه
والله اعلم بالصواب ولئن سلم انه يجوز العمل بقراءة الشاذة
ولهذا لم يشترط التتابع في صوم الكفارة بقراءة ابن مسعود دونهم
انها كالتفسير ومفهوم قوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الرضعة
ولا الرضعتان يقتضي ان الثلاث على مذهبهم لا يقول
به وهو حجة عنده والقراءة الشاذة غير حجة عنده ولا يعمل بها
فقد ترك ما هو حجة عنده وعمل بما ليس بحجة عنده وهذا عجيب
وعن ابن عباس انه قال قوله لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان كان
فاما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعل ذلك منسوخا حكاه عنه

ابو بكر الرازي وقيل العشر وللخمس في رضاع الكبير لانه لا يكتفي بما
يكتفي به الصغير وقد كان لذلك في الكبير ثم نسخ وانما لا تحرم
المصة ولا الملاجة لانها لا ينفصل بها اللبن لضعف الصبي
حتى يتكرر منه المص والمصة رواية يطلقها عند الراوي
لانه اعتقد ان المصة ما وليها الرضعة فعبر عنها بالرضعة
ويدل عليه قول صاحب الصحاح الملح تناول الثدي بادنى الفم
فلا يلزم منه انفصال اللبن الى جوف الرضيع وقال السرخسي
في تفسير خمس رضعات ان يكتفي الصبي بكل واحدة منها
وقال النواوي رحمه الله عليه في المنهاج وضبطهن بالعرف وهذا
لان الحرمة وان كانت بسبب البعضية بنشوز العظم وانبات
اللحم فهو امر باطن فيدار الحكم على نفس الفعل لتعذر الوقوف
على حقيقة ذلك كالسفر والتقاء الختانين وقوله وما
رواه الشافعي رحمه الله عليه مردود بالكتاب يعني انه زيادة
على الكتاب بخبر الواحد فلا يجوز على اصلنا او منسوخ به
لانا قد ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان ثم نسخ
بالكتاب ومثله عن ابن مسعود رضي الله عنه وليس للشافعي
رحمه الله عليه راوي هذا الحديث وانما هو عائشة وحديث ابن
مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا
ما انشر العظم وانبت اللحم ويروى ما شد العظم والمراد
به رد رضاع الكبير فان ذلك لا يحصل برضاع لبن المرأة
الكبير والحديث رواه ابو داود وانشر يروى بالراء
المهملة اي شده وقوله والانشار الاحياء قال الله تبارك
وتعالى ثم اذا شاء انشره ويروى بالزاء اي زاد في حجمه
فنشزه اي رفعه وهو من النشز وهو المرتفع من الارض بسكون
السين وفتحها وفي الحديث كان اذا اوفى على نشز كبر وفي

الصحاح نشز ينشز نشوزا اي عاش بعد الموت ومنه يوم
النشور وانظر الى العظام كيف ننشرها بضم النون من
الرباعي وبفتحها من الثلاثي والنشز بسكون الشين وفتحها
مع الزاي المرتفع من المكان وجمع النشز انشاز ونشاز مثل
جبل واجبال ونشز الرجل ينشز وينشز نشزا اي ارتفع
في المكان وانشاز عظام الميت رفعها الى مواضعها وتركيب
بعضها على بعض ونشزت المرأة تنشز بضم الشين وكسرها
في المضارع نشوزا اذا استعصت على بعلها ونشز بعلها
عليها اذا ضربها وجفاها ومنه قوله تبارك وتعالى وان امرأة
خافت من بعلها نشوزا واصله الارتفاع وفي المحيط والذخيرة
قليل الرضاع محرم ان وصل الى جوف الصغير وفي الينابيع
القليل معتبر بما يعلم انه وصل الى جوف الصغير وفي الفتاوى
اذا وصل لبن الادمية الى جوف الصبي بطريق الرضاع كان
رضاعا قلت لا كان اللبن او كثيرا ولو جعل مخيضا او رائبا او
او شيرازا فحساه او جعل جبنا او اقطا لا يكون رضاعا وفي
المنهاج قال النواوي رحمه الله عليه لو جبن او نزع زبده حرم
وبه قال ابن حنبل رحمه الله عليه والله اعلم ثم قال
وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين وعند بعضهم يثبت
حرمة الرضاع في جميع العمر ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا
عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما سنتان وبه قال
الشافعي واحمد رحمه الله عليهما وعند زفر رحمه الله ثلاث سنين
واختلفت المالكية بعد الحولين على ستة اقوال ففي المدونة لمالك
الرضاع بعد الحولين الى شهر او شهرين وفي المجموعة والمختصر
ايام يسيرة وقال عبد الملك الشهر ونحوه وفي المبسوط عنه
بقدر زيادة الشهور وقاله سحنون عن ابيه وفي الحاوي مثله

ببابه وكذرها

نقول ان المشهور قال الوليد يحرم بعد الحولين الى ثلاثة شهور
وذكر الداودي عنه يحرم بعد سنتين ونصف وقال محمد
ابن عبد الحكم لا يحرم ما زاد على الحولين حكى هذه الاقوال
السفاقسي في شرح البخاري وصاحب الجواهر وعند البعض
ابو سنتين وقال بعضهم عشر سنين وقيل خمسة عشر سنة
وقيل عشرون سنة وقيل اربعون سنة وقيل جميع العمر
للقاضي يعقوب ومحمد بن الحسن رحمهما الله عليهما ومن قال بقولهما
قوله تبارك وتعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين
كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وهو حرف المراد به الام
وهو ابلغ في الامر ولا اعتبار للزيادة بعد الاتمام وقوله
تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقد اجمعنا على ان اقل
مدة الحمل ستة اشهر ويبقى للفصال حولان وعن ابن عيينة
عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا في الحولين رواه ابو الحسن
الدارقطني وقال لم يسنده غير الهيثم بن جميل والله اعلم بالصواب
قلت ابن عيينة مدلس فاذا قال عن عمرو لا يكون
حجة وقد ذكرناه الا غير مرة وروى له ابن ماجة وجماعة
من اصحاب الكتب الستة ووجه قول زفر لم لا بد
من الزيادة على حولين لما بين والحول حسن للتحول من حال
الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة الربيع وهو اول الفصول
لانه حار رطب طبع الحياة والصيف حار يابس والخريف
بارد يابس طبع الموت والشتاء بارد رطب فلعل بعد هذه
الفصول يعينه على اكل الطعام والصبر على ترك لبن امه
ولابي حنيفة رحمه الله عليه قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون
شهرا ظاهره يدل على ان هذه المدة لكل منهما كالاجل

المضروب لدينين مثاله قال لكل علي دينار ودرهم الى شهر
كان الشهر اجلا لكل منهما ولذا لو باع غلاما وجارية
بالف كل واحد بخمسمائة درهم الى سنة كانت السنة اجلا
لكل واحد من الثمنين الا ان المنقص قام في احدهما وهو الحمل
اذ اقل مدة الحمل ستة اشهر فبقي الفصال على حقيقته الظاهر
وهذا لان رضاع الام في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن
حولين والاية لا يثبت به التحريم لما فيه من تحصيل الحاصل
فعلم ان الانفصال المذكور في الاية ليس فصال التحريم
وانما هو في وجوب النفقة على الاب للوالدة والاية ليست
لبيان علامة الفصال وانما هي بيان اقل مدة الفصال الا ترى
انه قرن بين الحمل والفصال واراد اقل مدة الحمل فكذا
اقل مدة الفصال والدليل على بقاء مدة الفصال ان الله تبارك
وتعالى قال بعد ذلك فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور
ذكر بعد الحولين بحرف الفاء فدل على بقاء مدة الرضاع وهذا
احتيج الى تراضيهما على الفصال بعد الحولين فيحمل على ان
بعد الحولين لا يجبر الاب على اجرة الرضاع للام المطلقة
وفي الحولين يجبر عليها وهذا اتفاق ولانه لا بد من مدة يتعود
الصبي فيها بالطعام فقدرت تلك المدة بادنى مدة للحمل وهو
ستة اشهر وهي فان غذا الجنين يغاير غذا
الرضيع كما يغاير غذا الفطيم وفي المبسوط الاية تقتضي ان
يكون جميع المدة لكل واحد منهما الا ان الدليل قام على مدة
الحمل لا يكون اكثر من سنتين فبقيت مدة الفصال على ظاهره
وقيل المراد من حمله حمله في الايدي والفطام في مدة الرضاع
غير معتبر كما ان الرضاع بعدها غير معتبر وذكر الخفاف
انه ان استغنى بالطعام لم يكن رضاعا وان لم يستغن

تثبت به الحرمة وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله عليه وعليه الفتوى
وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إن كان لا يجتزي
بالطعام لكن الأكثر الذي يتناوله هو اللبن دون الطعام يكون
يكون رضاعا وإن كان الأكثر هو الطعام لا يكون رضاعا وفي
الذخيرة والروضة وطعمت في السنتين واستغنت بالطعام
ثم رضعت في المدة من امرأة أخرى لا يكون رضاعا وإن لم تستغن
كان رضاعا ذكره الخصاف في رضاعه وفي إملاء بشر بن
الوليد هو رضاع وفي عمدة الفتاوى إن فطم عليه الهلال
بالطعام قبل سنتين ونصف ثم رضع بالأم وفي المحيط الرضاع
بعد الفطام لا يحرم عند أبي يوسف وعند محمد لا اعتبار بالفطام
في الحولين بل ذلك رضاع محرم وفي الوبري لا اعتبار لأقل
من سنة ونصف في الفطام في قولهم لأن الفطام فيما دون ذلك
يضر بالصبي وفي الإسبيجابي قال أبو حنيفة وأبو يوسف
ومحمد وزفر لا رضاع بعد مضي المدة فطم أو لم يفطم والله أعلم بالصواب
قوله وإذا مضت مدة الرضاع على اختلافهم لم
يتعلق بالرضاع تحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد
فصال ولا يتم بعد احتلام رواه أبو داود والطيالسي في
مسنده من حديث جابر رضي الله عنه وفي حديث عائشة
رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فإنما الرضاعة
من المجاعة رواه البخاري ومسلم قال عياض في مشارق
الأنوار أي حرمتها في التحليل والتحريم في حال الصغر
وحوج اللبن وبعدها وفي المحيط أي مجاعة لا تندفع إلا
باللبن في حالة الصغر وفي لفظ من المجاعة وعن أم سلمة
رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحرم
من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام رواه

الترمذي وقال حديث حسن صحيح ولا حرمة باعتبار النشو والنمو
وذلك في مدة الرضاع إذ الكبير لا يتربى بلبن المرأة يقال نشأ
الغلام إذا نشأ إذا شب وارتفع فهو ناشئ للحدث الذي جاوز
حد الصغر وقد جاء النشو في مصدره على فعول وقولهم لمعنى
النشو والنمو على الغلبة والإدغام للازدواج وفي الوبري
والينابيع الرضاع كالنسب في ثبوت الحرمة خاصة وفي
غيرها كالأجانب وفي الرافعي إنما يحرم الرضاع في تحريم
النكاح وحل الخلوة والنظر دون سائر أحكام النسب
قوله لا يعتبر الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي
حنيفة رحمه الله عليه إذا استغنى عنه وقد ذكرنا ذلك قبله
مستوفى ثم قيل لا يباح الإرضاع بعد مدة الرضاع لأن إباحته
للحاجة لكونه جزء الآدمية والإخراجه بعد مدته ويحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب وقد ذكرنا فيه عدة أحاديث
صحاح إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز له أن يتزوجها
ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب لأنها تكون أمه أو
موطوءة أبيه ولا كذلك في الرضاع ويجوز أن يتزوج أخت
ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك في النسب لأنه لما وطئ
أمه حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وهو
تخصيص الحديث بدليل عقلي وفي المحيط أيضا استثنى أمرين
كما في الكتاب وفي الإسبيجابي كل من يحرم من جهة النسب
يحرم من جهة الرضاع ولم يستثن والصواب الاستثناء وجمع بعض
الفقهاء المسائل التي يفارق حكم الرضاع حكم النسب في
النكاح فقال مرتجزا

يفارق الرضاع حكم النسب   في خمس مسطورة في الكتب
أم أخ وأم وأخت ولد   وأم أم الابن فافهم تسدد

وهكذا في بنت اخت الولد كـ ... فاقبس العلم لكيما تهتدي
وام عم ثم ام عمه ... فافهم معاني لا تعتمد
وام خال ثم ام خاله ... والحق لا يخفى من الجهاله
نكاحهن في الرضاع واقع ... وما علاه فله دليل مانع

وفي المبسوط امراه ارضعت ابن رجل جاز له التزوج بها لان ام ولده وكذا لو ارضعت اخاه لانها صارت ام احيه وام اخيه من النسب يجوز له التزوج بها فمن الرضاع اولى وكذا لو ارضعت عمته او خالته او بنت ابنه او بنت بنته وفي فتيه المنيه ارضعت ابن رجل وللمرضعه ام يجوز لذلك الرجل ان يتزوجها وكذا يجوز له ان يتزوج بنت المرضعه التي ارضعته مع ابيه وامراه ابنه وامراه ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب للحديث الذي قدمناه في اول الباب وذكر الصلاتب في النص لاسقاط اعتبار التبني واباحه حليله ابنه بالتبني عند الله لعلم قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان يرضع امراه صبيه فتحرم هذه الصبيه على زوجها الذي نزل لها منه اللبن ويصير ابا للمرتضعه وفي الروضه ارضعت صبيا او صبيه فقد صار ابن زوج المرضعه وابنها وامها وبينهما من الرضاعه ولا للصبي ان يتزوج بامراه هذا الرضيع لانها امراه ابيه من الرضاع ولا للصبي ان يتزوج بزوجات الرجل الا من زوجات الاب من الرضاع ولا بجدته لانها عمته ولا بام لانها جدته من قبل ابيه ولا بنته لانها اخته ولا باخت المرضعه لانها خالته ولا بامه لانها جدته ام امه ولا باولاد بنت الرجل لانهن بنات اخته لابيه ولا باولاد بنت المرضعه لانهن اولاد اخته من الام ويجوز له ان يتزوج بنات اخت الزوج وبنات اخته لانهن بنات عمته وعمته من الرضاعه وبنات اخت المرضعه واختها

لانها امراه ابنه من الرضاع ولا للصبي ... [illegible]

لاهن بنات خالته وخاله فان ارضعت صبيه فلها بنت يجوز لاخي الرضيع ان يتزوج بها سواء كان مولودا قبله او بعده لانه لا رضاع بينهما كما يجوز ذلك من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخته من ابيه ان يتزوجها وياتي بعض هذه المسائل ان شاء الله تعالى وفي الذخيره وعده المفتي رجل له ابن ارضعتهما امراه لم يكن لهذا الابن ان يتزوج ببنات تلك المراة اما قبل الرضاع واما بعده من هذا الزوج ولا من غيره لثبوت الاخوه بين الابن والبنت وبين جميع اولاد المرضعه وكذا بينهم وبين جميع اولاد الرجل منها ومن غيرها من الزوجات والسراري فان ذلك الرضيع ذكرا او المرضعه ولدا ولا اولاد المرضعه اولادا لزوجها او لا يجوز المناكحه بينهم الا الانثى بنت عم الذكر من الرضاع وقد ذكرنا ذلك وهذا قول العلما كافه منهم الائمه الاربعه قال النواوي خالف فيه اهل الظاهر وابن عليه ونقل المازري ذلك عن ابن عمر وعائشه رضي الله عنهم قال المازري وهو قول ابن الزبير ايضا وغيرهم من التابعين وهو مذهب الظاهريه وابن بنت الشافعي قال وقيل لا يصح ذلك عن عائشه رضي الله عنها قال لان اسناد كان مذهبها على خلاف ذلك وفي المحيط وهو قول مالك وبشر في المبسوط والكتاب وهو احد قولي الشافعي رحمه الله عليه ولنا قول مالك والشافعي رحمهما الله لقول الجمهور وقال الشافعي يسري الحرمه الى الفحل خارج عن القياس لان اللبن ليس ينفصل منه وانما ينفصل منها والمتبع الحديث والله اعلم ولنا ان الفحل سبب لنزول لبنها بواسطه احبالها فينفصل اللبن منه بحكم السببيه عن عائشه رضي الله عنها قالت دخل علي افلح اخو ابي القعيس فاستترت منه قال تستترين مني

وانا عمك قال قلت من اين قال ارضعتك امراة اخي قالت قلت انما ارضعتني
المراة ولم يرضعني الرجل فدخل علي رسول الله صلى الله عليه
وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك رواه البخاري ومسلم
وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه قال النووي
في المنهاج رحمه الله عليه وفي رواية افلح بن قعيس وفي رواية ابي
قعيس والصواب الاول وقعيس مصغر وقد ثبت انه صلى
الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم
والحرمة النسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقيل لرسول
الله صلى الله عليه وسلم اين انت من ابنة حمزة او لا تخطب بنت
حمزة بن عبد المطلب قال ان حمزة اخي من الرضاع رواه
مسلم وقالت عائشة رضي الله عنها تخطب درة بنت ابي سلمة
قال لو لم تكن ربيبتي ما كانت تحل لي ارضعتني واباها ثويبة
وقال ابو داود درة شك من زهير قال النووي وحكى
عياض عن بعض رواة كتاب مسلم ذرة وهو تصحيف قال
المنذري المحفوظ الاول وفي المبسوط لما عرضت على رسول
الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت ابي سلمة قال ذلك والله اعلم
قلت زينب رواية عن ام سلمة وليست المعروضة
وثويبة مولاة لابي لهب قيل حلية وفي الروضة والذخيرة لو
ولدت من رجل فارضعته ثم ارتفع لبنها ثم در لها لبن فارضعت
صبية ولهذا الصبي ان يتزوج بنت ذلك الرجل وليس هذا
لبن الفحل فان لم تلد من زوجها ونزل لها لبن فليس اللبن من زوجها
ذكره الحسن بن زياد في النكاح وفي الذخيرة لو لم تلد
منه ونزل لها لبن فهو من المراة دون الزوج فان ولدت
من الثاني فاللبن بعد الولادة له وقبلها للاول وان دخل
وظهور لبن الحمل الثاني وفي قول الثاني وفي قول لهما

ولو ان امراه

ولو ان امراة طلقها زوجها او مات عنها وانقضت عدتها فارضعت
صبية فانه يثبت حرمة الرضاعة بين زوجها المطلق وبينها
وكذا لو تزوجت ثم ارضعت ما لم تحبل من الثاني فان حبلت ونزل
لها لبن فاللبن من الاول عند ابي حنيفة رحمه الله عليه حتى تضع
فيكون من الثاني وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ان عرف انه
من الثاني فهو من الثاني وفي المحيط هذه رواية عن ابي يوسف
وقال محمد رحمه الله عليه واستحسن ان يكون منهما حتى تضع
من الحمل وفي الذخيرة طلق امراته ولها لبن منه وانقضت
عدتها وتزوجت فوطئها الثاني اجمعوا على انها اذا ولدت من
الثاني فاللبن منه وينقطع من الاول واجمعوا على انها لو لم تحبل
من الثاني فاللبن من الاول اما حبلت ولم تلد قال ابو حنيفة رحمه
الله عليه هو من الاول وقال ابو يوسف ان علم انه من الثاني
بامارة وفي المبسوط بزيادة فهو من الثاني وان علم انه من
الاول او حمل فهو الاول وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله
ان على قول ابي يوسف من الثاني بكل حال وفي رواية الحسن
عنه من الاول كقول ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد هو منهما استحسانا
وفي الينابيع وهو قول زفر الى ان تلد من الثاني فاذا ولدت
فهو منهما بالاتفاق وفي المحيط اذا كان للمطلقة لبن وحبلت
من الثاني ولم تضع قال ابو يوسف رحمه الله عليه ان كان اللبن
من الاول غالبا فالحرمة منه وان كان من الثاني غالبا
فهو من الثاني وان استويا فمنهما وفي المبسوط والينابيع ان
ازداد لبنها بسبب الحبل فهو منهما لو ولدت من الثاني سقوط
وسقط الحرمة من الاول وفي المحيط عن ابي يوسف رحمه الله
في قوله الاخير وهو قول محمد الحرمة منهما جميعا حتى تضع
وفي الذخيرة اذا كان لرجل امراتان حملتا منه فارضعت كل واحدة

صغيرًا فقد صارا اخوين لاب من الرضاع والعقهما سوى هذا اللبن
لبن الفحل فان احدهما التي لا تحل النكاح بينهما وان كانا اسين لا تحل
الجمع بينهما فان ارضعت احداهما صبيين صارا اخوين لاب وام من
الرضاع ولا تحل لهذا الرضيع ان يتزوج امراة وطيها هذا الزوج ولا
للزوج ان يتزوج امراة وطيها هذا المرتضع ولو زنا بامراة فولدت
منه فارضعت منه صبية لا يجوز لهذا الزاني ان يتزوج هذه
الصبية ولا الابنه ولا الابنا اولاده لوجود البعضية بينهم وبين الزاني
ولعم الزاني وخاله ان يتزوج بها كالمولود من الزنا ذكره في
المحيط وفي الوبري لها لبن من غير ولادة وارضعت به صبية
كانت الحرمة من قبل الام خاصة وفي الينابيع اللبن الحاصل
بسبب ولد الزنا هو من الام خاصة وان ثبت نسبه كالوطي
بشبهة كان اللبن منهما وفي الاسبيجابي لبن ولد الزنا من
الام خاصة ولا يكون منهما الا اذا ثبت نسب الولد وفي الجواهر
المعتبر ان كان اللبن من وطي حلال على اشهر الروايتين
والضابط ان كل وطي يلحق فيه الولد وتدرا الحد فالحرمة
تنتشر وان وجب الحد ولم يلحق نسبا لولد لا تنتشر وان لم
يلحق الولد ولا يتبعه الحد ففيه روايتان الاحرى انتشارها
والمرضعة امة بلا خلاف ولو كان لبن المطلقة دار فرضعها
ابن المطلق ولو بعد عشر سنين الى ان ينقطع ثم يحدث لها
لبن اخر فينقطع بسببه عنه وقيل ينقطع بوطي زوج ثان
وان دام لبن الاول فعلى الاول لو ولدت او حملت ينقطع بالحبل
وقيل بالولادة وفي كتاب محمد لا ينقطع الا بانقطاع لسبب وجب
لم يحكم بانقطاعه فالقول هنا اسهى كلام المالكية وفي المنهاج
اللبن لمن نسب اليه الولد ونزل به اللبن بنكاح او وطي
بشبهة وفي الرافعي على الاصح لا يرى والا المنفي بلعان ولو وطيت

منكوحة بوطي او بشبهة اما ان نسبه به فاللبن لمن لحق الولد به
بالقائف او غيره وان مات الزوج او طلق فاللبن له وان
طالت مدته وان انقطع ثم عاد وفي الرافعي لبن المطلقة للمطلق
ولو بقي عشر سنين الى ان يضع حملا بوطي غيره وفي مدة الحمل
اللبن للثاني على وجه وللاول على وجه ولهما على وجه هذا
اذا انقطع ثم عاد اما اذا لم ينقطع فهو للاول على وجه ولهما
على وجه وقبل ان يحبل للاول وبعد الولادة للثاني ولو لم يطاها
الثاني او وطيها ولم تحبل او حبلت ولم تدخل وقت حدوث
اللبن للثاني فاللبن للاول وان زاد في اصح الاقوال الثلثة وهو
قول ابي حنيفة رحمه الله عليه وفي الكنز انه اذا نزل لها لبن
قبل الولادة فاللبن لها دون الزوج وفي التبصرة للمالكية الحرمة
تقع باللبن من الوطي اذا نزل ويكون ابا وان لم ينزل لم يحرم
وفي المغني يحرم المرضعة على ابي المرتضع ولا على اخيه ولا
يحرم المرتضع ولا احد على ابيه من الرضاع ولا على اخته ولو
ارضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدا لها وحرم على
الزاني حرمة المصاهرة دون الرضاع في حقه في ظاهر
قول الخرقي وقال ابو بكر منهم يثبت واذا حملت المراة وثاب
لها لبن فارضعت به طفلا صار الطفل ابنا لها بلا خلاف
وابنا لمن ينسب اليه الحمل وفي الروضة الرضاع في دار
الاسلام ودار الحرب سوا ولو ارضعت ابن رجل يجوز له ان يتزوج
بالمرضعة لانها ام ولده من الرضاع ولذا لو ارضعت اخته والله
اعلم بالصواب ثم قوله وكل صبيين اجتمعا على ثدي
واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل
لان امهما واحدة فهما اخ واخت سوا كان اجتماعهما على
ثدي واحد في زمن واحد او في ازمنة مختلفة متباعدة

ذكر في الينابيع ولو أن امرأة لها بنون وأخرى لها بنات فأرضعت
التي لها بنات ابنا من بني الأخرى فإن بناتها يحرمن على ذلك
الابن بعينه ولا يحرم واحد من بناتها على سائر بني المرأة لعدم
اجتماعهم على ثدي امرأة واحدة فلو كانت أرضعت بنتا حرمت
على جميع بنيها وغيرها من بناتها يحل لابن المرضعة فلو كانت
أم البنات أرضعت إحدى البنين وأم البنين أرضعت
إحدى البنات لم يكن للابن المرتضع من أم البنات أن يتزوج
واحدة منهن ولا يحرم أن تتزوجوا بنات الأخرى إلا البنت
التي أرضعت من أمهم وحدها لأنها أختهم من الرضاع والله أعلم

فروع زوج ابنه الصغير امرأة فارتدت ثم أسلمت
فتزوجها رجل فولدت ابنا له وكانت هذه امرأة ابنه فحرم
عليه زوج أم ولده مملوكا له وهو صغير فأرضعت زوجها
بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى سيدها لأن الزوج صار
ابنا لها وللسيد من الرضاع ولأنها موطوءة ابنه من الرضاع
وحرمت على السيد باعتبار أنها زوجة ابنه من الرضاع وفي
المبسوط إذا أرضعت ابنته لم يكن لأحد من أولاد المرضعة من
كان قبل الرضاع وبعده أن يتزوج تلك الرضيعة وعند بعض
العلماء لا تثبت الحرمة فيما انفصلوا قبل الرضاع وإنما تثبت
فيمن حدث بعده ولذا لا يتزوجها ولد ولدها وإن سفلوا ولا يتزوج
المرتضعة أحدا من ولد التي أرضعت لأنه أخوها من الرضاع
ولا ولد ولدها لأنه ابن أختها أو أخيها ولا يتزوج الصبي المرضع
أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاع وقد ذكرنا جملة من هذا
الجنس قبل هذا ه اعلم أن علماء الصحابة وفقهاء الأمصار اتفقوا
على أن حرمة الرضاع لا تثبت في حق الكبير ولا في حق الصغير
بعد مدة الرضاع وعند الليث بن سعد وعطاء والظاهرية

وقالوا ثبوت الحرمة مطلقا ويستدل بذلك عن عائشة رضي الله عنها
وقالوا كحديث عائشة وأم سلمة أن أبا حذيفة بن عتبة كان تبنى
سالما وأنكحه ابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة وهو مولى
لامرأة فجاءت سهلة بنت سهيل بن عمرو وهي امرأة أبي حذيفة
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنا نرى
سالما ولدا وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد
ويراني فضلا وقد أنزل الله عز وجل فيهم ما قد علمت فكيف
ترى فيه فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أرضعيه فأرضعته
خمس رضعات وكان بمنزلة ولدها من الرضاعة فبذلك كانت
عائشة رضي الله عنها تأمر بنات أخواتها وأخواتها أن يرضعن من
أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيرا خمس رضعات
وأبت أم سلمة وسائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
يدخلن عليهن بذلك الرضاعة من الناس حتى يرضع
في المهد وقلن لعائشة رضي الله عنها ما ندري لعلها كانت رخصة
من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس أخرجه البخاري
ومسلم وأبو داود والنسائي وأبو حذيفة اسمه قيس وقيل
هاشم وكان من فضلاء الصحابة هاجر الهجرتين وصلى
للقبلتين وهو من المهاجرين الأولين وسالم أبو عبد الله
ابن معقل كان من خيار الصحابة ومن فضلاء الموالي ويعد في قريش
لتبني حذيفة له ويعد في المهاجرين لهجرته ويعد في الأنصار
لأن معتقته أنصارية ويعد في العجم لأنه فارسي من بني كرمان
ويعد في القراء ذلك وقولها فضلا بضم الفاء والضاد المعجمة
على وزن طنب يعني كانت في ثوب واحد بغير إزار والثوب
مفصال ولفقهاء الأمصار حديث عائشة رضي الله عنها أنه
صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل لحفص وهو

ابن عمر فشق ذلك على النبي صلى الله عليه وسلم وتغير وجهه قالت
يا رسول الله انه اخي من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن
فانما الرضاعة من المجاعة رواه البخاري ومسلم وابو داود
والنسائي وقد تقدم ومعناه ان الرضاعة التي تقع بها الحرمة
هي ما كان في الصغر والرضيع طفل تقويه اللبن وتسد جوعته
واما ما كان منه بعد ذلك في الحال التي لا يسد جوعه الا الخبز
واللحم وما في معناهما دون لبن المراة فلا تحرمه له وعن ابي
موسى وهو الهلالي عن ابيه عن ابن لعبد الله بن مسعود
رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع
الا ما انشز العظم وانبت اللحم ويروى موقوفا فقال ابو موسى
لا تسالوا وهذا الحبر فيكم رواه ابو داود وسئل ابو حاتم
الرازي عن ابي موسى الهلالي فقال هو مجهول وابوه مجهول
وفي المبسوط روي ان اعرابيا ولدت امراته فمات الولد فانتفخ
ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمجه فدخل اللبن في حلقه فجاء الى
ابي موسى الاشعري فساله عن ذلك فقال حرمت فجاء الى
ابن مسعود رضي الله عنهما فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى
ابي موسى فقام معه الى ابي موسى ثم اخذ باذنه فقال ارضيع
فيكم هذا اللحياني فقال ابو موسى الاشعري لا تسالوني
عن شيء ما دام هذا الحبر فيكم وفي المنافع قال ابن مسعود
لابي موسى الاشعري وكان في جماعة ارضيع فيكم هذا
اللحياني فقال ابو موسى الاشعري لا تسالوني عن شيء ما دام
هذا الحبر فيكم والذي ذكره صاحب المبسوط رواه ابو
داود والدارقطني عن ابي موسى الهلالي لا عن ابي موسى
الاشعري وذكره سهو وليس فيه اخذ باذنه واللحياني
الكبير اللحية وقصة سالم اما مخصوصة به واما منسوخة

لانها كانت في اوائل الهجرة والحكم الثاني رواه احداث
الصحابة وجماعة اخر اسلامهم كان متاخرا وابن عباس رضي
الله عنهم وغيرهما وهو ظاهر في النسخ لا احتمال فيه ذكره المدرك
قالوا لعلها حلبته ثم شربه من غير ان يمس بدنها ولا التقت
بشرتاهما ويحتمل انه مستثنى للحاجة كما خص بالرضاعة مع
الكبر وعن زينب بنت ام سلمة رضي الله عنهما قالت قالت
ام سلمة لعائشة رضي الله عنها انه يدخل عليك هذا الغلام
الايفع الذي ما احب ان يدخل علي فقالت عائشة رضي الله عنها
اما لك في رسول الله صلى الله عليه وسلم اسوة ذكره الصاعدي
الواحد في احكامه والايفع الغلام وتمع فهو ايفع ويافع اذا
قارب البلوغ والله اعلم بالصواب قوله واذا اختلط
اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب
الماء لم يتعلق به التحريم وبه قال مالك وخالفهم ابن
الماجشون ومطرف وفي الرافعي لو كان اللبن مغلوبا
تعلق به التحريم في اصح الوجهين واذا قلنا
فان شرب جميع المخلوط تعلق به التحريم وان شرب بعضه
فوجهان ولو اختلط باقل من قلتين من الماء وشرب كله
فقولان وان شرب بعضه فقولان شربا بهما وان امتزج بقلتين
وشرب بعضه لا يتعلق وان شرب كله فقولان وفي المغني اللبن
المشوب بغيره والمحض سواء وحكى ابو حامد ان لا يحرم
المغلوب وهو قول ابي ثور والحكم للغالب قال ابن قدامة
في المغني هذا اذا كانت صفة اللبن باقية فاما اذا صب في ماء
كثير لم يتغير به لم يثبت به الحرمة وحكى عن القاضي من
الحنابلة انه يثبت به وهو قول الشافعي في حصول اجزاء اللبن في
بطنه ولنا ان اللبن المستهلك في الماء لا يحصل به التغذي

ولا انبات اللحم ولا انشار العظم وقد تقدم ولا يسمى رضاعا ولا
وجورا فلا يعتبر وصار كما لو حلف لا يشرب لبنا لا يحنث بشرب
الماء الذي فيه اجزاء اللبن وان اختلط بالطعام لم يتعلق به
التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما
اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم قال صاحب الكتاب
قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم
اتفاقا وفي الذخيرة اذا اختلط بالطعام ولم تمسه النار
ان غلب اللبن تعلق التحريم به عندهما وعند ابي حنيفة رحمه
الله عليه لا يثبت وشرط القدوري رحمه الله على شرط ابي
حنيفة رحمه الله ان يكون الطعام مستبينا كما لو ثرد قيل هذا
اذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة فان تقاطر يثبت به
الحرمة وقيل لا يثبت به الحرمة بكل حال واليه مال
السرخسي ولا يعتبر تقاطر اللبن من الطعام عنده لان الطعام
هو الاصل في التغذي وذكر خواهر زاده ان على قول ابي
حنيفة رحمه الله انما لا يثبت اذا اكل لقمة لقمة اما اذا حساه حسوا
يثبت به الحرمة وقيل اذا وصل اللبن الى حلقه منفردا فلا
خلاف فيه واذا تناول الثريد فلا خلاف فيه وفي كتاب
الرضاع للخصاف اذا ثردت له خبزا في لبنها حتى يشرب
الخبز ذلك اللبن او لتت به سويقا فاطعمته اياه ان كان
طعم اللبن يوجد فهذا رضاع وذكر صاحب الاجناس انه
قولهما وفي الرافعي لو ثردت في اللبن طعاما او عجنت به
دقيقا وخبزته تعلقت الحرمة به وفي العجن والخبز وجه
عن القاضي حسين والله اعلم لهما ان العين للغالب
كما في اختلاطه بالماء اذا لم يغير شيء عن حاله ولابي حنيفة
رحمه الله ان اللبن تابع في الطعام ولان الاصل هو الطعام ولا اعتبار

للتبع كالمغلوب فان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم
لان اللبن مقصود فيه لتقوية الدواء على الوصول وفي المستصفى
فسر الغالب في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله فقال
اذا جعل في لبن المراة دواء فغير لونه ولم يغير طعمه او على العكس
فاوجر به صبي حرم وان غير الطعم واللون فلم يوجد طعم اللبن
وذهب لونه لم يحرم وفسر الغلبة في رواية الوليد عن
محمد رحمه الله فقال اذا لم يغير الدواء من ان يكون لبنا ثبت به
الحرمة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله هو بمنزلة خلطه في الطعام
وفي الرافعي عند الاكثرين ان ظهر لون اللبن او طعمه او ريحه
في المخلوط فاللبن غالب والا فهو مغلوب وان خلط لبنها
بلبن شاة ولبنها غالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة
لم يتعلق به التحريم والله اعلم قال ولذا هذا في اختلاطه
بسائر المائعات لا بالطعام وبالماء وبالدواء ولم يذكروا الحكم فيما
اذا كانا متساويين وينبغي ان يثبت الحرمة احتياطا ولانه غير مغلوب
فلم يكن مستهلكا ويشهد له ما ذكرنا قبيل هذا وهو انها
لو حملت من الزوج الثاني فان كان لبن الاول غالبا فهو منه
وان كان لبن الثاني غالبا فهو من الثاني وان استويا فمنهما
والله اعلم قوله وان اختلط لبن امراتين تعلق التحريم
باغلبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله عليهما وقال محمد
وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما وهكذا في المحيط وفي
المبسوط عن ابي حنيفة رحمه الله عليه روايتان في رواية مع ابي
يوسف وفي رواية مع محمد وفي عمدة الفتاوى وكذا قال ابو يوسف
رحمه الله عليه لو حلب رطل من لبن امراة وخلط بارطال من
لبن امراة اخرى لا يتعلق التحريم بلبن صاحبة الرطل اذا
اوجر بذلك صبي ومحمد رحمه الله عليه يقول ان المعنى لا يختلف بالزيادة

بل يعوي بها وكل واحد محرم لانه سبب لانبات اللحم وانشاز العظم
وسوى فيه قليله وكثيره والجنس لا يغلب الجنس فانه لا يصير
مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وهما يقولان يجعل الاقل
تبعا للاكثر في بنا الحكم عليه كما لو اختلط بلبن الانعام واوجر
به وان اتحد المقصود واصل المسئله في الايمان اذا حلف لا يشرب
من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن غيرها فشربه يعتبر
الغالب عندهما وعند محمد رحمه الله عليه يحنث مطلقا ولا يعتبر
الغالب وقول محمد اظهر واحوط فيه وفي الرافعي اختلط لبن
امراتين وغلب احدهما فان علقنا الحرمه بالمغلوب يثبت
الحكم منهما والا اختصت بالتي غلب لبنها واذا نزل للبكر لبن
فارضعت به صبيا تعلق به التحريم وفي المغني نزل لها لبن
من غير وطي فارضعت به طفلا نشر به الحرمه وبه
قال مالك والثوري والشافعي رحمهم الله واصح الروايتين عن
ابن حنبل قال ابو بكر بن المنذر وهذا قول كل من نحفظ عنه
وفي روايه عنه لا ينشر به حرمة الرضاع وهو وجه للشافعيه
فان ذلك نادر فلا يثبت عليه حكم وللجمهور وفقها الامصار
اطلاق النص ولانه سبب للنشوز والنمو فيثبت به شبهة
البعضيه كالموطوه فان قيل رجل زوج لم وهي عذرا كيف
يكون ذلك فقل صغيره اخت بكر نزل لها لبن فارضعت اختها
الصغرى فكبرت فتزوجها وهي ام من الرضاع عذرا واذا حلب
لبن المراة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم وهو
قول ائمة الثلثه واصحابهم ولا عند الشافعي اذا حلب لبنها
قبل موتها فاوجر به في اصح الوجهين وهو المنصوص ذكره الرافعي
وان حلب بعد موتها او رضع من ثدي الميته لا يثبت حرمة الرضاع
وذكر لصاحب المبسوط مدركين احدهما ان اللبن محله الحياه فبموت

موتها فيكون نجسا فلا يفيد حرمة الرضاع والمدرك الثاني له ان هذا
الفعل حرام وحرمة الرضاع كرامه فلا تنال بالحرام كالزنا في ثبوت
حرمة المصاهره عنده وفي الكتاب هو يقول الاصل في ثبوت الحرمه
انما هو المراه ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا
لها ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهره وهكذا ذكر في خزانة
الاكمل وعلل في الرافعي بانه لبن حرام وقلنا هذا ممنوع ولو
سلم لا يمنع ذلك من ثبوت الحرمه لما فيه من انبات اللحم وانشاز
العظم وهو العله المعتبره في الباب ويبطل بما لو خالطه خمر
واللبن غالب فانه يتعلق به التحريم وهو حرام نجس ذكره
الرافعي وغيره والخل يشرب به بالاجماع وكذا لو كان اللبن
مغلوبا في اصح الوجهين واذا قلنا بالاصح فان شرب جميع
المخلط تعلق به التحريم وان شرب بعضه فوجهان وصار
كما حلب في انا نجس وحرمة الرضاع بعد في الميته ذهبا وبمما
يريد بذلك ان لبنها لو حلب بعد موتها فاوجر به صغيره
فتزوجت جاز لزوجها دفن الميته ويممها من غير حايل
لانه محرمها فخلافا لما في الحسبي اما التحريم بالوطي انما يكون لكونه
ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا وقال ابو اسحق
المالكي المص من ثدي الميته محرم ومحله ابو وقيل التحريم
والحل له واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وهو
قول مالك والمنصوص عن احمد ولا الاظهر عند الشافعيه ملاه
في المنهاج وفي الرافعي هو اصح القولين ويقال انه الجديد وعن محمد
انه يثبت به الحرمه كما يفسد الصوم والفرق على الظاهر
ان المفسد في الصوم اصلاح البدن والمفطر ما دخل ويوجد ذلك
في الدوا والمحرم في الرضاع معنى النشوز لا يوجد هذا في الاحتقان
لانه بالغذا وهو من الاعلى لا من الدبر وفي الينابيع لو اقطر في

اذنه او احليله او وصل من جائفة او امه لم تثبت الحرمة
بذلك وكذا لو احتقن به وعند محمد رحمه الله عليه يتعلق به
التحريم وفي المبسوط عن محمد رحمه الله يتعلق به وبالاقطار في
اذنه والسعوط والوجور تثبت بهما التحريم بالاتفاق وهو
الاصح عند ابن حنبل وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله عليهما
في الوجور والشافعي في الاسعاط على المذهب وقال داود لا تثبت
بهما لانه ليس برضاع وهو قول عطاء الخراساني في السعوط وهو
صب اللبن في انف الصبي والوجور صبه في حلقه واحتقن لازم
لا متعدي من الرضيع ونصه انه غير جائز وجوابه حقن بضم الحاء
وعوج باحتقن هلا في المغرب والله اعلم قوله
واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبي لم يتعلق به التحريم وهذا
اجماع وعن الكرابيسي من الشافعية انه يتعلق به التحريم وليس
بشيء وحكى ابو اسحاق المالكي رواية عن مالك بكراهة نكاح
من ارضعه الرجل لان ذلك ليس بلبن على الحقيقة فصار كما لو
نزل من ثدي البكر ماء اصفر ولان اللبن انما يتصور ممن يتصور
منه الولادة وفي المغني لبن الخنثى كلبن الرجل واذا شرب
صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما وهو اجماع ايضا وحكى
شمس الائمة السرخسي في المبسوط ان محمد بن اسماعيل بن ابراهيم
ابن المغيرة البخاري الجعفي بالولاء واسلم المغيرة على يدي
والي بخارى صاحب الاخبار دخل بخارى وجعل يفتي فقال
الشيخ الامام ابو حفص الكبير لا تفعل لست هناك فابى
ان يقبل نصحه حتى استفتي في هذه المسألة فافتى بثبوت حرمة
الرضاع بين الصغيرين ارتضعا من لبن شاة فاخرجوه
من بخارى بسبب هذه الفتوى لان الحرمة بين الادمي والبهائم
والحرمة باعتبارها ولان ثبوت الحرمة بطريق الكرامة وذلك

مختص بلبن الادمية دون لبان الانعام فصار كحرمة المصاهرة
بانها لا تثبت بوطي البهائم ولان فيه خرق الاجماع فيبطله وفي زمانه
قوله واذا تزوج رجل صغيرة وكبيرة فارضعت
الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لجمعه بين الام والبنت
رضاعا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت
من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف مهرها ويجوز انشاء
العقد عليها لا للعجز على الكبيرة والارتضاع وان كان فعلها
لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها
وفي الذخيرة اذا كان تحته كبيرة وصغيرة فارضعت الصغيرة
ام الكبيرة او اختها او عمتها او خالتها لم تبن واحدة
منهما وان طلق الكبيرة وارضعت الكبيرة الصغيرة والكبيرة
بعد في العدة بانت الصغيرة ولو تزوج صغيرة فارضعتها امه
من الولادة او الرضاع حرمت عليه قال محمد رحمه الله رجل له
امراتان كبيرة وصغيرة ولابنه كذلك فارضعت كبيرة الاب
صغيرة الابن وكذا ارضعت كبيرة الابن صغيرة الاب
حرمت الصغيرتان عليهما ونكاح الكبيرتين باق له امراتان
صغيرتان فجاءت امراتان اجنبيتان فارضعت كل واحدة منهما
احدى الصغيرتين معا وبعد ثبتا الفساد ثابتا فلا ضمان عليهما
للزوج فيما ادى من مهر الصغيرتين اذ الفساد ما كان بصنيع
واحدة دون صاحبتها وفي المحيط تزوج ثلاث صبايا فارضعتهن
امراة على التعاقب فتحرم الاولى والثانية دون الثالثة
اذ الاولى والثانية صارتا اختين عند رضاع الثانية فحرمتا
عليه والثالثة صارت اختهما بعد زوال نكاحهما فلا جمع
فان ارضعتهن معا حرمن عليه فان ادخلت ثديها في فويهما
واوجرت الاخرى بلبنهما معا وكذا ان ارضعت الاولى ثم الاخريين

معاً وان لم يكن رتباً فان ارضعتهن متعاقباً حرمن وكذا معاً ثم يرجع الزوج بنصف
مهر الصغيرة على الكبيرة فيما تقدم ان كانت تعمدت افساد
نكاحها وفسر محمد رحمه الله عليه تعمد الفساد فقال هو ان تعلم
ان الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع واذا لم تعلم ذلك لم تكن
تعمدت الفساد والقول قولها مع يمينها اذا لم تعرف ثم لها السكنى
في عدتها دون النفقة هذا اذا لم تخش عليها التلف والهلاك
بالجوع اما اذا خافت عليها فلا رجوع عليها وعن محمد يرجع عليها
في الفصول كلها تعمدت الفساد ام لا لتسبب العقص وان اصطلح
عنده وهو قول بشر وعندهما يشترط في السبب التعدي
وان لا يتخلل فعل فاعل مختار ولهذا لا يضمن الحافر في ملكه
وبهسر حرا كما ذكرناه لا يرجع عليها قال صاحب الذخيرة
هكذا ذكره البقالي وفي المبسوط للصغيرة نصف المهر
لان فعلها لا يصلح مسقطاً لحقها على ما تقدم وان لم تعلم الحكم
وان لم تعلم انها امرأته فلا شيء عليها وان كانت الكبيرة مجنونة
فانها ولكل واحدة نصف المهر فلا رجوع على الكبيرة وكذا
لو ارضعت من الكبيرة وهي نائمة كان لكل واحدة نصف مهرها
ولا رجوع ولذا لو اخذ رجل لبن الكبيرة فاوجر به الصغيرة
ثانياً ولكل واحدة نصف مهرها اقر الرجل ان قصد به وان صح
افساد نكاحهما رجع عليه بما غرم لهما وفي اخواتهن ارضعت
ام امرأته الكبيرة امرأته الصغيرة حرمت للجمع بينهما فيفارق
احداهما ولا صداق عليه وقيل لها نصفه وقيل نعم ولا غرم
على المرضعة على المنصوص وان تعمدت الفساد واستغرا المحمي لعايته
على المنهاج وفي الكتاب لو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا
تكون متعدية ايضاً قال وهذا اعتبار الجهل في الاحكام
لانها لا تكون متعدية بالتسبب الا اذا كانت عالمة بالفساد لانها

لا تكون كذلك لانها لم تقصد الفساد والفعل انما يصير متعدياً بالقصد
فاعتبرنا الجهل لدفع فعل حسي لعدم قصد لا لدفع حكم شرعي
وفي الرافعي يجب للصغيرة نصف المهر وفي الفاسد نصف مهر
المثل وان ارضعت من يدي نائمة فالظاهر سقوط مهرها
والمرضع يغرم له مهر المثل وان وجب عليها ارضاعها وقصدت
الافساد لا تكون اثلا فال احمد رحمه الله عليه وحكى ابو
علي واخرون انه يرجع بنصف المسمى وقيل بتمام المسمى لان الشطر
على خلاف القياس وعندنا لا يكون يرجع بنصف مهر المثل وفي
وجه يجب الغرم على النائمة التي ارضعت الصغيرة منها ولعله
ظاهر وفي احد الوجهين يجب للصغيرة نصف المهر ولا يعتبر
فعلها في الاسقاط كقولنا ولو حلبت لبن امرأة دفعة واحدة
واوجر به صبي في خمس دفعات نقل المزني والربيع رضي الله عنهما
انها رضعة واحدة اعتباراً بالحلب وقال الربيع في قول انها خمس
رضعات والقطع في احد الطريقين بانها رضعة واحدة وحمل ما
نقله الربيع من كيسه لانه ما اعتمد في روايته ولو حلبت خمس نسوة
في اناء وحكى هذا عن ابي حامد قلت اذا كان نقل من كيسه
لا اعتمد في روايته ولو حلبت خمس نسوة في اناء واحد واوجر
به صبي دفعة واحدة حصلت من كل واحدة رضعة وان اوجر
في خمس دفعات ثبت التحريم في احد الوجهين ولو كان له خمس
نسوة لهن لبن من لبن الولادة اربع نسوة وقد سقته فارضعت كل واحدة
من لم يحرم عليهن وهل يحرم عليه نعم يحرم في اصح الوجهين
لان لبن الكل منه وموضعها اوائل الكتاب فان رجل
روع له وبلت لاخواته رجلاً في عقد واحد كيف يكون هذا
فقل له هذا صبي شرب لبن ثلاث نسوة متفرقات ولكل
واحدة منهن بنت فصارت بناتهن اخواته وهن لا ام اجاب

وكل واحدة لصاحبتها اجنبية والله اعلم فان قيل رجل زوج
امه وبناته اخواته من النسب رجلا كيف يكون هذا قلنا له هذا رجل
ولد من جارية مشتركة بين ثلاثة فادعى كل واحد منهم نسبه
فصار ابنا للثلثة ولكل واحد بنت من غير هذه الجارية
فصرن اخواته من النسب وهن لهم اجانب وبعضهن للبعض
اجنبية فزوجهن وامه رجلا ذكرت هذه المسايل في عدة المفتي
وفي الجامع ومما يمنع ابتدا النكاح ويرفع التوقف فضولي زوج
رجلا كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة او صغيرتين
فارضعتهما امراة فاجاز لم يجز والله اعلم قال ابن
في الصحاح اللبان بالكسر كالرضاع يقول هو اخوه بلبان امه قال ابن
السكيت ولا يقال بلبن امه واما اللبن فهو الذي يشرب قال
وانشد رضيعي لبان ثدي ام تقاسما باسحم داج عوض لا
نتفرق قوله ولا تقبل في الرضاع شهادة
النسا منفردات مطلقا لانها الثلثة وانما يثبت بشهادة رجلين
او رجل وامراتين وهو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه
ذكره في المجتبى وفي المحيط هو قول عمر وعلي وابن عباس
رضي الله عنهم قال مالك رحمه الله يثبت بقول شاهدين ويمنع من
النكاح ابتدا ويفرق بينهما لو كانا تناكحا فان شهدت
امراتان ذلك من قولهما كان الاول وان لم يفش من قولهما لم يستقل
وذهب مطرف وابن الماجشون وابن وهب الى انه يستقل
بشهادة المراتين او رجل وامراة اذا قاموا حين علموا
بالنكاح ولم يات عليهم حال يسكتون فيها وان شهدت
امراة واحدة ولم يفش من قولها لم يشتكل به وان فشا
ففيه اختلاف هذا كله في الجواهر وقال الشافعي
رحمه الله عليه يثبت بشهادة اربع من النسا او رجل وامراتين

وتقبل

وتقبل شهادة مرضعة ان لم تطلب اجرة ولا ذكرت فعلها وكذا
ان قالت ارضعته في الاصح ذكره النووي رحمه الله عليه في المنهاج وفي
الرافعي يثبت الرضاع بشهادة رجلين او رجل وامراتين وكذا بشهادة
اربع نسوة ولا يثبت بما دون اربع نسوة وقبل احمد رحمه الله شهادة
المرضعة وحدها وفي المغني شهادة الواحدة مقبولة في الرضاع
عند احمد رحمه الله وهو قول طاوس والزهري والاوزاعي وابن ابي ذيب
وسعيد بن عبد العزيز وعنه بشهادة امراتين وعنه شهادة
امراة واحدة وتستحلف مع شهادتها ونقول فان كانت كاذبة
لم يحل عليها حول حتى يبيض ثدياها بالبرص ويروى عن ابن عباس رضي
الله عنهما واسحق وفي الوبرية قال الشافعي يفرق بشهادة
امراة واحدة ومذهبه ما ذكرته قبل هذا في الكتاب وقال
مالك يثبت بشهادة امراة واحدة ولهذا ذهب قول احمد بن حنبل رحمه الله
وتعلق بحديث عقبة بن الحرث قال تزوجت ام يحيى بنت ابي
اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما فاتيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال كيف وقد زعمت ذلك
متفق عليه وعندنا انها تحل سبيلها ولان الحرمة من
حقوق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره
واحد انه ذبيحة المجوسي يحرم تناوله وان اطعمه غيره ولا يرده على
بايعه بقوله ذكره في المبسوط والله اعلم بالصواب قلنا
ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال
الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين بخلاف اللحم
لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك كالعصير اذا تخمر والدهن
اذا وقعت فيه نجاسة هكذا في المحيط فاعتبر امرا دينيا
والمعروف في القاضي ابطال الملك الزوج والمستحب ان يفرق والحديث
عقبة بن الحرث ولو ثبتت الحرمة بقول الامة لفرق رسول الله

صلى الله عليه وسلم وفي المبسوط وزعم الشافعي ان الرضاع مما لا يطلع
عليه الرجال لانه يكون من الثدي وهو مردود فان المحرم ينظر
الى الثدي وقد يكون بالحلاب والله اعلم قلت وقد قبل
شهادة رجل وامراتين فذلك على اطلاع الرجال عليه والله اعلم
بالصواب مسائل من جنس مسائل ما تقدم رجل
تزوج امراة ثم قال غلطت او نسيت او كذبت فهما على نكاحهما وكذا لو
قال ذلك قبل النكاح اختي من الرضاع او امي من الرضاع
ثم قال وهمت او نسيت جاز له ثم قال هي اختي من الرضاع او امي او
بنتي من الرضاع ثم قال وهمت او غلطت او نسيت او كذبت فهما
على نكاحهما وكذا لو قال ذلك قبل النكاح اختي من الرضاع او امي
من الرضاع ثم قال وهمت او نسيت جاز له ان يتزوجها ذكره في الذخيرة
والينابيع والوبري وغيرها وان قال هو حق كما قلت فرق بينهما
وفي الذخيرة اقر انها اخته من الرضاع وثبت عليه واشهد
على نفسه وصدقته على ذلك ثم قال اكذبنا انفسنا وقالا اخطانا
جاز ان يتزوجها وكذا في النسب ولا يلزم من ذلك الا اذا ثبت عليه
لان الغلط والاشتباه يتحقق فيه وان قال هذه بنتي وليس لها نسب
معروف ثم قال وهمت تصدق ولو قال لعبده هذا ابني او لامته
هذه بنتي ثم قال وهمت لا يصدق ويحكم بعتقهما قال لزوجته
هذه بنتي ثم قال وهمت من النسب وثبت عليه ولها نسب معروف
او قال هذه امي وله ام معروفة لا يفرق بينهما وفي الوبري اذا قال
لزوجته هذه بنتي وثبت عليه ان كان لها نسب معروف لا يفرق
بينهما كما ذكرنا والله اعلم قلت في هذا نظر لان
النسب المعروف انما يكون بالفراش ويجوز ان يكون بنته المخلوقة
من الزنا وقد عرف انه لا يجوز له ان يتزوجها فينبغي انه اذا ثبت على
ذلك ان يفرق بينهما الا ان يكون مراده انه ادعى انها بنته من النكاح

والواقع خلافه اذا كانت ثابتة النسب من غيره ولهن ان يقال صار
مكذبا شرعا ولو قال هذه امي او بنتي او اختي من الرضاعة ثم
اراد ان يتزوجها وقال وهمت او اخطات او نسيت وصدقته
فهما مصدقان وله ان يتزوجها في الاستحسان وان ثبت على
الاول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما قياسا
واستحسانا ولا ينفعه الجحود بعد ما قال هو حق كما قلت ولو قال
هذه بنتي وثبت عليه وليس لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله
فرق بينهما وبعد ذلك ان صدقته ثبت نسبها ذكره في الذخيرة
وفي الوبري قال لعبده هذا ابني ثبت نسبه وعتق ولو قال له هذا
ابني وصدقه الا انه ثبت نسبه وعتق اذا كان يصلح ابنا له وانا
له وليس له نسب معروف ولم يشترط تصديقه في الاول
وشرطه في الثاني والفرق ان في البنوة اسندها الى
حالة العلوق وهو ليس من اهل التصديق وقت العلوق بخلاف
الابوة انتهى كلام الوبري وفي الذخيرة اشترط التصديق في
البنوة ايضا وفي المغني قال الشافعي رحمه الله عليه واحمد رحمه الله
لو قال لزوجته هذه اختي انفسخ النكاح ولو قال اوهمت
ولو قال لاصغر منه هذا ابي او لاكبر منه هذه بنتي لم يحرم عليه
لكذبه قال ابن قدامة وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله عليهما تحرم
عليه ولعله عنهما غلط وتمام ذلك ياتي في كتاب العتاق ان
شاء الله تعالى تم كتاب النكاح والله اعلم بالصواب

كتاب الطلاق

في المغرب الطلاق اسم مصدر التطليق كالسلام والكلام والوداع
اسم التسليم والتكليم والتوديع ومنه قوله تعالى الطلاق
مرتان وهو مصدر طلقت زوجته بالفتح والضم كالجمال
والفساد والذهاب من جمل وفسد وذهب وامراة طالق وجا

طالقة والطلق لوجع الولادة من طلقت بضم الطاء فهي مطلوقة
اذا اخذها الطلق وفي الصحاح رجل طلق اللسان وطلقه
ولسان طلق ذلق وطليق ذليق وطلق ذلق اربع لغات
والطليق الاسير اذا اطلق عنه اساره وطلق امراته
تطليقا وطلقت هي طلاقا وهي طالق وطالقة ورجل مطلاق
وطلقة اي كثير الطلاق للنساء وذكر ابن فارس في المجمل
وطلق السليم اذا سكن وجعه بعد اللسع والعداد قال
وابرزها الراقون من سوء سمها تطلقه طورا وطورا تراجع
وبروك خمسا وقال كانعيم الاهوال راس المطلق وفي الكواشي
وانما يختص التفعيل برفع قيد النكاح لانه للمبالغة والله اعلم
قلت قوله انما يختص التفعيل برفع قيد النكاح غير
صحيح اذ التطليق يوجد في غير رفع قيد النكاح كما ذكرنا في
الملسوع وانما الطلاق الذي هو رفع قيد النكاح يختص بالتفعيل
لان التفعيل يختص برفع قيد النكاح وقوله لانه للمبالغة
غير مستقيم كما وهم صاحب الكشاف في بدل بل هو للتعدية
كالهمزة وعليه في ازالة قيد النكاح والله اعلم

باب طلاق السنة

قوله الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن
وبدعي فالاحسن ان يطلقها طلقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه
ويتركها حتى تنقضي عدتها قال ابن المنذر لا اعلم خلافا فيه وفي
الاشراف ايضا وقال اكثر اهل العلم الطلاق الذي يكون المطلق
مصيبا للسنة ان يطلق المدخول بها طلاقا يملك فيه الرجعة
في طهر لا جماع فيه والسني من الطلاق ان يكون في طهر خال
عن الجماع والطلاق عقيب حيض خال عن الجماع والطلاق نص
عليه في الزيادات والينابيع والاسبيجابي والبدائع والوبري

وفي جوامع الفقه السني والمدخول بها ان يكون في طهر خال عن
الجماع والفرقة بطلاق او غيره وفي الذخيرة ذكر محمد رحمه الله في
الاصل ما يدل على انه يطلقها كما طهرت من الحيض فانه قال اذا
طهرت من الحيض قبل ان يجامعها طلقها واختار بعض المشايخ
تاخيره الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وهو رواية
ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمة الله عليهما وبعضاه في المبسوط قال في
الكتاب والاول اظهر لانه لو اخر ربما جامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وهو بدعة وهو احسن من ان
يطلقها ثلثا في ثلثة اطهار وابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة
لما في التفريق من زوال وصلة النكاح وقد مضى من عدتها حيضات
وان الله ملك الرجل بالزيادة على الواحدة والحسن هو طلاق السنة
وهو ان يطلقها ثلثا بعد الدخول في ثلثة اطهار وهو قول
جمع الكوفيين ذكره في المغني وبه قال الاوزاعي وقتادة والثوري
وابراهيم وخثيمة رضي الله عنهم وقول عبد الله وابن القسم بن محمد وبه
قال اشهب من المالكية ذكره في الاشراف وفي المغني طلاق السنة
واحدة في طهر خال عن الجماع يتركها حتى تنقضي عدتها وهو قول
الائمة الثلثة وايقاع الثلث في ثلثة اطهار كارسالها جملة عندهم
في انه ليس طلاق السنة والتحريم عندنا وهو قول الشافعي وابن
حنبل رحمة الله عليهما وقال مالك رحمه الله يتخير على المشهور ذكره في
الجواهر وقال كانه قال في كل طهر طلقة فذلك كان فلا يتعلق وان
كان قبل الدخول قال سحنون يقع واحدة لا غير وفي البسيط اتفق
العلماء على انقسام الطلاق الى سني وبدعي والسنة والبدعة يتداولهما
السنة علماء الشرع والبدعي هو المحرم النافذ مع التحريم خلافا
للظاهرية والشيعة انه لا ينفذ وهو الذي يوقع في حال حيضها بغير
سؤالها بعد المسيس على ما ياتي وذكر ابن حزم في المحلى ان الثلث جملة

نعم وان كانت في الحيض وكذا الثالثة والطلقة والطلقتان لا تقع في
الحيض وسيأتي ان شاء الله تعالى دليلنا ما روي في
حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
يا ابن عمر ما هكذا امرك ربك والسنة ان تستقبل الطهر
فتطلق لكل قرء تطليقة رواه الدارقطني وروى النسائي
باسناده عن عبد الله قال طلاق السنة ان يطلقها تطليقة
وهي طاهر من غير جماع فاذا حاضت وطهرت طلقها اخرى
فاذا حاضت وطهرت طلقها ثم تعتد بعد ذلك بحيضة فاخبر
انه طلاق السنة وهي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو
كالمرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم والجمهور على ان عدتها الحيض
اوله وعن جابر وحماس بن عمرو ومن اخرها ذكره ابو بكر
ابن ابي شيبة في مصنفه وفي السنة من حيث العدد نوعان
حسن واحسن وقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء
فطلقوهن لعدتهن اي اذا اردتم تطليقهن فطلقوهن مستقبلات
لعدتهن قابل الله تعالى الطلاق بالعدة والطلاق ذو عدد
والعدة ذات عدد فيقسم احاد احدهما على احاد الاخر
كقولك اعط هولاء الثلاثة ثلاثة دراهم واللام للوقت وسيأتي
الكلام عليه ان شاء الله تعالى قال السفاقسي رحمه الله عليه
في شرح البخاري لعدتهن اي وقت عدتهن ولست لعشرين
من الشهر اي في وقت حلت عشرون من الشهر وليوم
القيامة اي في يوم القيامة وان الله تبارك وتعالى امر بتفريق
الطلاق على الاطهار وادناه ان يكون سنة والله اعلم بالصواب
سؤال يقولون اصل الطلاق على الحظر لما عرف وانما
يباح للضرورة والحاجة وروي في ذلك حديثا ذكره ابو داود
وابن ماجة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال ابغض الحلال الى الله الطلاق والمشهور فيه
المرسل والموصله ابن ابي شيبة فكيف يكون حسن واحسن
وطلاق السنة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا
تطلقوا رواه ابو داود وروى البزار عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تطلقوا النساء الا من ريبة ان الله لا يحب الذواقين
ولا الذواقات وعن ثوبان قال النبي صلى الله عليه وسلم ايما
امراة سالت زوجها طلاقا في غير باس فحرام عليها رائحة الجنة
قوله وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة
او ثلاثا في طهر واحد او ثنتين وقال مالك رحمه الله ايقاع الثنتين
فيه مكروه والثلاث ممنوع ذكره في التبصرة المالكية وفي
الجواهر كلاهما بدعي ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فلا رواية
لها وقيل لم لا يكره ذكره الشيخ ظهير الدين في الفتاوى واختار
ذلك ابو بكر وابو حفص ورواه الخرقي من الحنابلة وروي
ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعمران
ابن حصين والقاسم بن محمد والحسن والزهري ومالك وابي هريرة
رضي الله عنهم ذكر ذلك الطحاوي باسانيده عنهم وذكره ابو بكر
ابن ابي شيبة والاثرم وقال السفاقسي اكثرهم اجماع الصحابة
وقال الشافعي وابو ثور وداود الظاهري وابن حبيب من المالكية
وابن حنبل في رواية عنه ارسال الثلاث مباح ووقوع الثلاث
جملة قول جمهور اهل العلم من الصحابة والتابعين والايمة
بعدهم وكان عطا وطاوس وسعيد بن جبير وعمرو بن
دينار وابو الشعثا يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة
ذكره في المغني وقال ابن رشيد في القواعد والسفاقسي في
شرح البخاري ذهب اهل الظاهر وجماعة منهم الشيعة
الى ان حكمها حكم الواحدة ولا تاثير للفظ الثلاث قال القاضي

أبو يوسف رحمه الله كان الحجاج بن أرطاة يقول طلاق الثلاث ليس
بشيء وقال محمد بن إسحق رحمه الله فليس واحدة كقول السبعة وحجته
هو أن قوله تعالى الطلاق مرتان ثم قوله في الثالثة فإن طلقها فلا
تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمطلق بالثلاث مطلق واحدة
لعدم مشروعية الزائد عليها واحتجوا أيضا بما رواه البخاري
ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما كان الطلاق الثلاث على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنهما
واحدة فأمضاها عليهم عمر وفي رواية مسلم وعنه كان الطلاق الثلاث
واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وثلاثا
من إمارة عمر فلما تتايع الناس في الطلاق أجازه عمر عليهم وتتايع
بالبلاد والبلا واحتجوا أيضا بما رواه ابن إسحق عن عكرمة عن
ابن عباس رضي الله عنهم قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا
في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله
صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد
قال إنما تلك طلقة واحدة فارجعها والله أعلم ثم قلت
حجتهم في ذلك قوية لصحة الحديث المتقدم و من
قال بإباحة إرسال الثلث جملة بأحاديث منها حديث عويمر العجلاني
وفيه فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه
ولم ينقل إنكاره ومنها حديث عائشة رضي الله عنها أن امرأة
قالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي متفق عليه ولم
ينكر ومنها حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها
بثلاث تطليقات ولأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به وقوع
الثلث جملة والمشروعية لا تنافي الحظر بخلاف الطلاق في الحيض
لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق إذ هو بعيد عند البعض
وللجمهور في التحريم ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن محمود بن لبيد

قال البخاري له صحبة قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم
قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ذكره القرطبي في شرح الموطأ
ورواه النسائي وهو نص ودال على التحريم وروى أبو داود
والدارقطني أن مجاهدا قال كنت عند ابن عباس رضي الله عنهما
فجاءه رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثا قال فسكت ابن عباس
رضي الله عنه حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال يطلق أحدكم
فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا
وإنك لم تتق الله وفي الموطأ أن رجلا قال لابن عباس إني طلقت
امرأتي بمائة تطليقة فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث
وسبع وتسعين اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطأ جاء رجل
إلى ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي بثماني تطليقات فقال
ما ذا قيل لك قال قيل لي إنها بانت منك قال ابن مسعود صدقوا
هو مثل ما يقولون وهذا يدل على الوقوع وفي حديث عمر رضي
الله عنه قال قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال إذا
عصيت ربك وبانت منك امرأتك رواه أبو بكر بن أبي شيبة
في مصنفه والدارقطني وعن مالك بن الحرث قال جاء رجل إلى ابن
عباس رضي الله عنه فقال إن عمي طلق امرأته ثلاثا فقال إن عمك
عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجا وكان عمر
يوجعه ضربا وقال علي لا يطلق أحد للسنة فيندم قال أبو بكر
ابن أبي شيبة وعن أبي موسى وعمران النكير على من فعله وقال
أبو بكر بن المنذر في الإشراف قال أكثر أهل العلم المطلق
ثلاثا جملة غير مصيب للسنة قال وقد روينا هذا عن عمر بن الخطاب
وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وابن عمر وابن عباس
رضي الله عنهم ولم يخالفهم فيه مثلهم ولو لم يكن فيه الا ما لو لكان

فيه كفاية وقال سبط بن الجوزي وهو قول ابي بكر ايضا وحكي
محمد والدرخي اجماع الصحابة رضي الله عنهم فيه واحتجوا بظاهر
قوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء الاية فاي امر يحدث بعد
الثلث ومن طلق ثلثا لم يجعل الله له مخرجا ولا من امره يسرا
فمن فعل ذلك فقد خالف ما امر الله به وما سنه رسول الله صلى
الله عليه وسلم وهو خلاف امر الله تعالى وعن ابن عباس رضي الله عنه
طلق رجل امراته عدد النجوم فقال اخطا السنة وحرمت عليه
امراته قال محمد بن عبد الواحد في احكامه وفي المبسوط انما
جعل الطلاق متعددا ليمكنه التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت هذا
المعنى على نفسه ومن بعد ذلك حرم بعد ما نظر الشرع اليه كالايقاع
في الحيض لانه حال نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا عنها شرعا والظاهر
انه يندم اذا جاء زمان الطهر وتوقان نفسه الى الجماع فهذا مثله
والدليل على ان الكراهة معللة بهذا لا بتطويل العدة انهم يزعمون انه لو
طلقها واحدة في طهر خال عن الجماع ثم طلقها اخرى في حال
الحيض كان مكروها اتفاقا وان لم يكن فيه تطويل العدة ولذا لو
قال انت طالق في اخر جزء من حيضك تسع فيه وتستقبل
العدة باول الطهر ولا تطويل للعدة فيه وهو بدعة فبطل
تعليلهم بذلك بين المدخول بها وغير المدخول بها لما ذكرنا من
حصول الندم وتفويت الملك من غير حاجة وفي المبسوط
اذا لم يكن له غرض في الطلاق بحال فلا بد من اطلاق الكراهة
لانه ابطال الملك بغير فائدة والله اعلم قلت ويلزم من
هذا كراهية ايقاع الثلث جملة لعدم الفائدة في الزائد على
الواحدة وعدم دليل الحاجة وفيه ايضا لو قال انت طالق
ثلاثا واراد به التفريق على الاقراء ولفظ السنة والبدعة
متعاقبان فلو كان التفريق سنة كان الجمع بدعة انتهى كلام صاحب

المبسوط والله اعلم بالصواب قلت تفريق الثلث على
الاطهار سنة عندنا وعند الشافعي وقد دل عليه حديث ابن
عمر وغيره على ما ذكرنا فيلزم حينئذ ان يكون ارسال الثلث جملة
بدعة فانكابروا وقالوا ان التفريق على الاطهار ليس بسنة
عندنا ولا بدعة قلنا يجب ان يكون ارسال الثلث جملة
مخالفا للتفريق للتضاد بينهما فيكون بدعة او سنة والثاني
خلاف الاجماع فتعين الاول والجواب عن حديث ابن عباس
الذي رواه البخاري ومسلم من وجهين احدهما الانكار على من خرج
عن سنة الطلاق بايقاع الثلث والاخبار عن تساهل الناس
في مخالفة السنة في الزمان المتاخر عن العصرين كانه قال الطلاق
الموقع الان ثلثا كان في ذينك العصرين واحدة ثم قال لكان التتابع
الان حيانا في عصر الصحابة فقصد تغيير الحال للناس والوجه
الثاني كان قول الزوج انت طالق انت طالق انت طالق واحدة عندهم
محمولا على التاكيد والحصر وصار الناس بعدهم يحملونه على التجديد
والانشاء فالزمهم عمر ذلك لما ظهر قصدهم اليه ايدل عليه قول
عمر قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة واما حديث عكرمة
عن ابن عباس وطاوس عنه ان ركانة بن عبد يزيد طلق
زوجته سهيمة ثلثا وهم قال الحافظ ابو جعفر منكر وقد
خالفهما من هو اوثق منهما مثل سعيد بن جبير ومجاهد ومالك
ابن الحرث ومحمد بن اياس والنعمان بن عياش وعطا وعمرو بن
دينار ونافع وكلهم رووا عن ابن عباس ان من طلق امراته
ثلثا فقد عصى ربه وبانت منه امراته ولا ينكحها الا بعد زوج
وان ركانة انما طلق امراته البتة لا الثلث وروى جماعة
عن عكرمة انه الواحدة من غير رفع الى ابن عباس وروى
ابو داود والترمذي وابن ماجة ان ركانة بن عبد يزيد طلق

زوجته البتة فجعلها تحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد
الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة
في زمن عثمان قال ابو داود وهذا اصح من حديث ابن جريج ان
ركانة طلق امرأته وقال ابن ماجه سمعت ابا الحسن علي بن محمد
الطنافسي يقول ما اشرف هذا الحديث قال ابن ماجه ابو عبيد
تركه ناحية واحمد جبن عنه والجواب عن حديث العجلاني
انه مشترك الالزام فان الشافعي رحمه الله عليه يقول تقع الفرقة
بينهما اذا فرغ الزوج من لعانه ولم يقل النبي صلى الله عليه وسلم ان
الفرقة بينكما قد وقعت بفراغك من لعانك وان تطليقك لا يصح
وانه انما لم يبين له كراهة ذلك لتفقه عليه في الرد وقد يجوز ان
يكون بينه له ولم ينقل ولانه لا حاجة الى البيان لحاجته بعد ما وقعت
الفرقة بينهما وحديث امرأة رفاعة ليس فيه انه طلقها ثلاثا
بكلمة واحدة ويجوز ان يكون متفرقا على الاطهار وجاء فيه انه
طلقها اخر ثلاث تطليقات متفق عليه وحديث فاطمة بنت
قيس ان زوجها ابا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي
طالب الى اليمن فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت
بقيت من طلاقها رواه مسلم وروي ايضا انه طلقها البتة فلم
يكن فيه حجة ولان المطلق كان غائبا فلم يمكن لذلك وقد انكر
الثلاثة في حديث ابن عمر وقد ذكرناه وقد صحب الاسود
ابن يزيد الشعبي وقال ويلك تحدث بمثل هذا ورد عمر بن الخطاب
كل ذلك في صحيح مسلم وانكرت عائشة على فاطمة رضي الله عنهما
بنت قيس وقالت ما لفاطمة بنت قيس خير ان تذكر هذا الحديث
رواه البخاري ومسلم وقال ابو الحسن بن بطال لا يكون
الثلاث في علم من عمر والله عنده وقد قال ان من طلق ثلاثا
فقد عصى ربه وقول الشافعي المشروعية تنافي الحظر غير

مسلم فان المشروعية تجامع الشيء الذي ينافي الحظر بمعنى كالاعتاق لوجه
الشيطان والصلاة في الارض المغصوبة والبيع وقت النداء واختلفت
الرواية في الواحدة الثانية قال في الاصل انه اخطأ السنة
اذ لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وفي الزيادات انه
لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا ممكنا في الكتاب وفي التحفة
وهو ظاهر الرواية وفي رواية الزيادات يكره وفي الذخيرة ليس
بشيء في ظاهر الرواية وفي زيادات الزيادات سني وفي المحيط
والفتاوى الظهيرية يكره الثانية في رواية المبسوط وفي
رواية زيادات الزيادات لا يكره وفي جوامع الفقه الناس يكره
الا في رواية زيادات الزيادات والخلع سني وان كان في حال
الحيض وفي المستصفى ذكر مسألة بهذه الصورة لا بأس ان يخلعها في
الحيض اذا رأى منها ما يكره وفيه ايضا لا بأس بان يخير امرأته
في حال الحيض وفيه ايضا ادركت فاختارت نفسها في حال
الحيض وفيه ايضا ادركت فاختارت نفسها فلا بأس للقاضي
ان يفرق بينهما في حالة الحيض هذه المسائل في الذخيرة وفي
الحاوي الخلع في الحيض كابتداء الطلاق وقيل يجوز واختلف في
علة الجواز فقيل لانه برضاها وقيل بعلة الضرورة الى الافتداء وخرج
على ذلك فرعان جوازه برضاها من غير عوض واختلاع الاجنبي
وفي المغني الطلاق من غير حاجة مكروه وقال القاضي فيه
في احدى الروايتين محرم كاتلاف المال ومباح عند الحاجة
اليه ومندوب عند تفريطها في حقوق الله وافساد فراشه
وفي البسيط الطلاق في الحيض بسؤالها فيه وجهان احدهما
لا يحرم لرضاها والثاني يحرم اذ لا اعتبار بالرضى والسخط في
حدود الشرع وخلع الاجنبي محظور عند القفال وقيل لا بدعة
في خلعه والاظهر في الحظر وفي سؤالها تردد والوجه

القطع بجواز الخلع في الحيض وخمس من النسوة لا بدعة في طلاقهن ولا
سنة المختلعة وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة والحامل
اذا ظهر حملها انتهى فرع علق بصفة ووجد الشرط
في الحيض فهو بدعة ولا يوصف التعليق بالبدعة وحكى عن
القفال ان نفس التعليق المطلق بدعة لتردده انتهى وهو ضعيف
وفي الزيادات انما شرط ان يكون عقيب حيض خال عن الجماع
لانه ربما كان سببا للحمل فيندم ولهذا لم يكن جماع الحامل مانعا
من طلاق السنة عقيبه وكذا جماع الآيسة والصغيرة وسيأتي
بقية تفريعاتها وفي المغني معنى طلاق السنة موافقة امر الله
وامر رسوله في الآية والخبر والله اعلم قوله والسنة
في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في
العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وفي المنافع
سمي الواحد عددا مجازا لانه اصل العدد ولا اختلاف في الواحدة
المدخول بها وغير المدخول بها ومثله في الينابيع والجمع بين الثنتين
والثلاثة مراعيه فيهما الا انه سنى بالواحدة في غير المدخول بها وفي
الذخيرة قال لامرأته قبل الدخول بها انت طالق ثلثا للسنة تقع واحدة
ساعة تكلم فان تزوجها وقعت اخرى ساعة تزوجها وكذا الثالثة
عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وقال ابو يوسف لا تقع اخرى
حتى يمضي شهر كامل من الاول وقد ذكرنا ذلك وهكذا ذكره الوبري
ولم يحك خلافا والسنة في الوقت تثبت في حق المدخول بها خاصة
وهي ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه يعني ولم يطلقها فيه عقيب
حيض لذلك وقد تقدم ادريان الحيض نفرة النفس طبعا وشرعا
وتقدم حل الوطي تقل الرغبة فيها ويقع التساهل في الطلاق وهو
ابغض الحلال الى الله تعالى لانه تفوت الالفة المطلوبة والتوالد
والتناسل المرغب فيهما فكره من غير سبب لذلك والى هذا وقعت

الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم لا مومن مومنة
وقال صلى الله عليه وسلم ليس منا من خبب امراة على زوجها
او عبدا على سيده رواه ابو داود والنسائي اي خدعها وافسدها
ولان فيه تطويل العدة عليها وبالوطي في الطهر تقل الرغبة فيها
وبعده وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض وفي
الذخيرة الخلوة كالدخول وفي المغني لا سنة قبل الدخول ولا
بدعة وقال ابو عمر بن عبد البر اجمع العلما ان الطلاق للسنة
انما هو للمدخول بها خاصة الا في عدد الطلاق على اختلاف
بينهم كانت المدخول بها من اهل طلاق السنة والبدعة لطول
العدة في الحيض وبرتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه
وفي المفهم قيل نهي الطلاق في الحيض تعبد غير معقول وقيل
لطول العدة عليها فان قلنا تعبد لم يجز قبل الدخول في حال
الحيض ولا في حال الحمل وعلى الثاني يجوز قلت وعلى الاول
يجوز ايضا لان التعبد يقتصر على مورده وهو المدخول بها ولا يتعدى
الى غيرها لعدم العلة عندهم طول العدة وفي المحلى يطلقها
للسنة قبل الدخول وهي حائض طلقة او اثنتين او ثلثا مجموعة
وقال زفر لا يطلقها في حال الحيض كالمدخول بها ولنا
ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تفتر بالحيض ما لم يحصل
منها مقصوده فانه اقدم على الطلاق ويكون لا عن حاجة وضرورة
بخلاف المدخول بها فانه لا تتجدد الرغبة فيها الا بتجدد الطهر
وشذ زفر في هذا وخالف جميع العلما واذا كانت المراة لا تحيض
من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا
مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى وفي البسيط
ليس في طلاق الصغيرة والآيسة سنة ولا بدعة وبه قال ابن حنبل
وكذا الحامل عندهم ولنا ما قدمنا من حديث ابن عمر انه

صلى الله عليه وسلم قال السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء
تطليقة والشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن
من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم
يحضن اي واللائي لم يحضن كذلك ثم اقام الشهر في حق الحيض
لا غير وفي المنافع ظن بعض مشايخنا ان الشهر في حقهما بمنزلة
الحيض والطهر وليس كذلك بل الشهر في حقهما بمنزلة الحيض لا غير
لان المعتبر في ذوات الحيض دون الطهر الا ان الحيض لا يتصور
بدون تخلل الطهر وفي الشهر عدم هذا المعنى فقام الشهر
مقام ما هو المعتبر وهو الحيض ولهذا يعتبر الاستبراء بالشهر
وهو حيضه ولو طلق الصغيرة ثم حاضت وطهرت قبل مضي الشهر
فله ان يطلقها اخرى للسنة عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وكذا
لو طلق الحائض ثم ايست فله ان يطلقها اخرى للسنة عند ابي حنيفة
رحمه الله لتبدل الحال ذكره في جوامع الفقه ثم النساء اصناف مدخول
بها وغير مدخول بها والمدخول بها نوعان حبالى وحيالى والحيالى
نوعان ذوات قروء وذوات اشهر وكل نوع منها على قسمين حرائر
واماء فاحسن الطلاق في المدخول بهن الحيالى اللواتي من
ذوات الاقراء ان يطلقهن تطليقة واحدة ويتركهن حتى تمضي
عليهن ثلثة قروء ان كن حرائر وبقرءين في الاماء على ما تقدم
وان كن من ذوات الاشهر يطلقهن متى شاء طلقة واحدة حتى تمضي
ثلثة اشهر في الحرة وشهر ونصف في الامة وكذا في الحبالى ويتركهن
حتى يضعن حملهن في الحرائر والاماء ثم ان كان الطلاق في اول
الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في اثنائه فبالايام في
حق تفريق وهو تسعون يوما وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله ورواية عن ابي يوسف وعندهما تكمل الاول بالاخير بالايام
والمتوسطات بالاهلة وفي الفتاوى الصغرى انه في باب العدة تعتبر

الشهور

تعتبر الشهور بالاهلة بالاجماع وهي مسألة الاجارات وستأتي ان شاء
الله تعالى قوله ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها
وطلاقها بزمان يعني التي لا تحيض من صغر او كبر وبه قال الحسن وابن
سيرين وطاوس وحماد بن ابي سليمان وربيعة ومالك والشافعي
واحمد واسحق وابو عبيد وابو ثور وقال زفر يفصل بينهما بشهر
كما يفصل بين الطلقتين بشهر قلنا لا تتوهم من الحبل فيه والكراهة
في ذوات الحيض باعتبار الا ان عند ذلك تشتبه وجه العدة
يعني هل تعتد بالحيض او بوضع الحمل والله اعلم قلت
يرتفع الاشتباه بحيضة اذ الحامل لا تحيض فان لم تحض حتى مضى
الزمن الحمل كما تعتد الطهر فلا اشتباه والعلة في المنع
حصول الندم على طلاقها اذا حصل منه علوق كما ذكرناه
قبله والرغبة وان كانت تفتر بالجماع مرة تتوفر من جهة اخرى
لانه يرغب في الوطي غير المعلق لكراهة مؤنة الولد فكان
الزمان زمان رغبة فصار كزمان الحبل وفي الذخيرة
قيل اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان
يفصل بينهما بشهر وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا
يؤدي الى الندم والرغبة في الوطي غير المطلق صادقة كل
زمان وهو راغب فيها لمكان ولده منها ويطلقها للسنة ثلثا
يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله عليهما وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة
قال صاحب المنظومة وبه ناخذ وهو قول لانها الثلثة كما في غيرها
عندهم وكره الحسن طلاق الحامل وقال الاوزاعي لا يطلقها في
اول الحمل حتى يستبين حملها ومثله في المحيط عندنا لمحمد
وزفر ان الشرع ورد بالتفريق على فصول العدة والتفريق
بالشهر ليس من فصولها والاصل فيه المنع الا بالشرع فصارت

كالممتدة الطهر ولنا ان الاباحة للحاجة ومضي الشهر دليلها
كما في الايسة والصغيرة ومراده اذا بقي من مدة الحمل شهور
واما اذا بقي شهر فما دونه فلا اعتبار بذلك والحاجة تتجدد
كل شهر لان الشهر زمان مديد في الشرع كما في الايلاء والوطي
بين الشهرين لا يمنع كما لا يمنع اول الطلاق في الايسة والصغيرة
والحامل ذكره في المحيط وفيه ايضا لا يباح الطلاق عقيب
الجماع اذا كانت حاملا بخلاف الممتدة الطهر فان الطهر بعد
الحيض مرجو في حقها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل والله اعلم
قوله واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض وقع طلاقه
قال ابو بكر بن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه على وقوعه الا
اهل البدع ولا نعتد بهم وعند الظاهرية لا يقع ذكره ابن حزم
في المحلي والسفاقسي عن الداودي وكذا في طهر جامعها فيه
وكذا الطلقات الا ان يطلقها كذلك بالسنة او بدا اثنا جمله وايقاع
الثلث جمله سني عندهم وذكر ابو نصر انه قول ابن علية وهشام
ابن الحكم والشيعة ذكره في المغني يعني عدم الوقوع استدل ابن
حزم على عدم الوقوع بحديث ابي الزبير انه سمع عبد الرحمن بن
ايمن مولى عروة يسال ابن عمر وابو الزبير يسمع قال كيف ترى
في رجل طلق امراته حائضا قال طلق ابن عمر امراته وهي حائض
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر رضي الله عنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قال ابن عمر فردها
علي ولم يرها شيئا وقال اذا طهرت فليطلق او ليمسك رواه
ابو داود والنسائي لان هذا فعل غير مشروع للنهي فلا يترتب
عليه حكم شرعي ولقوله الا الفصل ما رواه نافع عن ابن عمر
انه طلق امراته وهي حائض وفي رواية تطليقة على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر رضي الله عنه رسول الله صلى

الله عليه وسلم عن ذلك فقال مره ان يراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر
وتحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك
العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء رواه البخاري ومسلم
والترمذي وابو داود والنسائي والمراجعة بدون وقوع الطلاق
محال وعن مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه طلق زوجته وهي
حائض فذكر عمر رضي الله عنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت او وهي حامل رواه
مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه واحمد
ابن حنبل قال البيهقي اكثر الروايات عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان
شاء طلق وان شاء امسك وعن يونس بن جبير قال سالت
ابن عمر فقلت رجل طلق امراته وهي حائض قال تعرف ابن عمر
قلت نعم قال طلق امراته وهي حائض عمر رضي الله عنه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فساله فقال مره فليراجعها ثم
ليطلقها عدتها قال قلت فيعتد بها قال فمه
ارايت ان عجز واستحمق رواه البخاري ومسلم وابو داود
والترمذي والنسائي وابن ماجه فمه استفهام كانه
قال فما يكون ان لم تحتسب بتلك التطليقة اسقط عنه
الطلاق حمقه او بطله بحمقه وفي حديثه وكان ابن عمر
طلقها فحسبت من طلاقها وراجعها كما امره رسول الله صلى
الله عليه وسلم رواه البخاري ومسلم وفي لفظ لمسلم قال
ابن عمر فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها قال
ابو داود الاحاديث كلها على خلاف ما قال ابو الزبير ونافع
اثبت عن ابن عمر من ابي الزبير قال المنذري قال اهل الحديث
لم يرو ابو الزبير حديثا انكر من هذا وقال ابو عمر بن

عبد البر لم ينقل احد عنه غير ابي الزبير وقد رواه جماعة اجلة
خالفوه وابو الزبير ليس بحجة فيما خالفه مثله فكيف بخلاف من
هو اثبت منه قال ابن حزم في المحلى يكفي من كلمة المسند الثبت
الثابت يريد به حديث ابي الزبير هذا وفيه اذا طهرت فليطلق
او ليمسك وهو لا يقول بهذا لانه يشترط بعده حيضة وطهرا ومن
القبيح ان يعمل ببعض الحديث ويترك بعضه وهو منكر على من فعل
مثل فعله اشد النكير وقال ابو سليمان الخطابي حديث يونس
ابن جبير اثبت من هذا لا سيما من تحديثين واولى ان يقال به
اذا خالفه غير الاثبت قال وقد يحتمل انه لم ير شيئا بالمحرم
معه الرجعة او شيئا لا يحل معه الرجعة او شيئا لا يحل له الا بعد
زوج اخر او شيئا جائزا في السنة ماضيا في حكم الاختيار وان
كان لازما له على سبيل الكراهة وعن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال الطلاق على اربعة اوجه وجهان حلال وهما ان يطلقها
طاهرا من غير جماع او يطلقها حاملا مستبينا حملها والوجهان
الحرام ان يطلقها حائضا او عند الجماع رواه الدارقطني ولان
ابن عمر صاحب القصة وقد احتسب تلك التطليقة وافتى بوقوعها
وانه قال لمن لم يطلق راجع امرأتك ولان ايقاع الطلاق ليس
بقربة ليشترط لوقوعه موافقة السنة بل هو ازالة الملك
فوقوعه في زمن البدعة اولى تغليظا وذكر في المحيط ان
مراجعتها من الطلقة التي اوقعها في الحيض واجبة نظرا
الى الامر وهو قول مالك ولان ايقاعه في الحيض معصية
بالاجماع فكانت ازالتها بالرجعة واكثر كتب الاصحاب لم يتعرض
للوجوب وفي الكتاب ويستحب ان يراجعها وهو قول
بعض المشايخ قال والاصح انه واجب كما ذكر في المحيط وقال ابن
ابي ليلى والاوزاعي والشافعي وابن حنبل واسحق وابو ثور انها

مستحبة وحملوا الامر فيها على الندب وفي الجواهر يجبر على الرجعة
فيه وان كان حسب فان ابى هدد بالسجن فان اصر على الحبس
ضرب بالسوط فان لم يطع ارتجع الحاكم عليه وذلك مستمر عليه ما بقيت
العدة عند ابن القاسم وقال اشهب ما لم تطهر من الحيضة الثالثة
حيضة الطلاق ثم اذا اجبر على الرجعة اختلفوا في حل وطئها وبعد
انقضاء عدتها لا يجبر على ردها واجمعوا على انه لو طلقها في طهر مسها
فيه لا يجبر على رجعتها وقد كان زعم خلاف السنة والله اعلم بالصواب
قوله فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان
شاء امسكها قال رحمه الله وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه
يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله عليه
ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رضي الله عنه وبه قال زفر وذكره
الكرخي مع ابي يوسف وهكذا ذكره ابو الليث وهو قول الائمة الثلاثة
والظاهرية وقد تقدم حديث ابن عمر موافقا لقولهم ولان الطلاق فيه
منه بمنزلة الطلاق في الطهر بعده لان تلك الحيضة لا يعتد
بها في العدة ولو طلقها في الطهر لا يطلقها فيه طلقة
اخرى فكذا اذا طلقها في الحيضة ثم طهرت ولان السنة ان يفصل
بين كل طلاقين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فيكمل ببعض
الثانية لكن لا يتجزى فيتكامل ولابي حنيفة رحمه الله عليه رواية
سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض فذكر
ذلك عمر رضي الله عنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت
او وهي حامل رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن
ماجة وابن حنبل رضي الله عنهم قال البيهقي رحمه الله اكثر
الروايات عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء امسك

وقد تقدم الحديث وهو من رواية يونس بن جبير وسعيد بن جبير
وابن سيرين وزيد بن اسلم وابي الزبير قال ابو الحسن بن بطال
وهو اختيار اشهب وقول اكثر اهل العلم واليه ذهب المزني
وليس للحيض معنى وحديثهم محمول على الاستحباب وابو حنيفة رحمه الله
جعل الرجعة فاصلة بين الطلاقين كالنكاح بالاجماع لان مراجعتها
دليل الرغبة فيها وفي المحيط لو طلقها في الطهر ثم راجعها فيه بالقول
او القبلة او اللمس بشهوة فله ان يطلقها فيه اخرى عند ابي حنيفة
وزفر لفصل الرجعة بين الطلاقين وكذا لو قال لها انت طالق
ثلاثا للسنة وهو ممسك بيدها بشهوة وقعت الثلاث للسنة
متعاقبا عنده لانه يصير مراجعا باللمس بشهوة وفي البدائع
والينابيع لو طلقها وراجعها بالوطء فحبلت جاز له ان يطلقها
اخرى في ذلك الطهر عند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمة الله عليهم
وقال ابو يوسف ليس له ذلك حتى يمضي شهر ولو لم تحبل لا يطلقها
فيه بالاتفاق وفي المحيط وعنه لا يكون ولو ابانها في طهر
لم يجامعها فيه ثم تزوجها فله ان يطلقها فيه اتفاقا وفي
الينابيع لو لم يتخلل بين الطلقتين رجعة ولا نكاح فالطلاق
فيه بدعة وان تخلل بينهما نكاح او رجعة فيحل عندهما
وفي المحيط والبدائع جعلا الطلاق بعد تخلل النكاح سنيا
اتفاقا وفي الجامع جعله قول ابي حنيفة وعندهما لا بد ان تحيض
وتطهر ومن قال لامراته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها
انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر
تطليقة فهي على ما نوى ان نوى الثلاث الساعة او عند راس
كل شهر طلقة فهو على ما نوى سواء كانت في حال الحيض او في
حال الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة فلا يدخل قوله
للسنة لان السني لا يحتمل ضده كالاعتاق فيه بل اولى ولهذا لا

يقع الثلاث جملة عند عدم النية ولان الحيض والطهر الذي جامعها
فيه او طلقها فيه ولنا ان ذلك سني وقوعا فان لم يكن
سنيا ايقاعا لان وقوعه جملة وفي حال الحيض عرف بسنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما تقدم ولان ذلك مذهب اهل
السنة والجماعة دون مذهب اهل البدعة والضلالة
اذ الرافضة لا يرى وقوع الطلاق في الحيض ولا في الطهر الذي
جامعها فيه وارسال الثلاث جملة لا يقع عند جميعهم غير ان
الزيدية منهم يقول يقع واحدة منها والامامية يقول لا
يقع شيء اصلا لا لجواز ان يقال للسنة وسنيا كذلك لا انه
خلاف ظاهر السنة فلا يتناوله الا الطلاق وان كانت
ايسة او من ذوات الحيض طلقت الساعة واحدة وان وطئها بعد
شهر اخرى وبعد شهر اخرى بخلاف ذات الحيض حيث
لا يقع في الطهر الذي جامعها فيه وقد تقدم ولو قال انت
طالق للسنة ونوى الثلاث يقع الثلاث في اوقات السنة لان
اللام للوقت كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس اي لوقت
زوالها واسك لصلوة الظهر وللوقت عموم وهو يليق بالاطهار
وان نوى ان يقع الثلاث جملة صح نية الثلاث لانها انما صحت
فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميمه ومن ضرورته
تعميم الواقع فاذا نوى الجمع بطل عموم الوقت فلا تصح
نية الثلاث جملة وهكذا ايضا في المحيط ووضعها في من
لا تحيض وفي الجامع الصغير لقاضي خان وان نوى الثلاث جملة
يصح لانه يصير كقوله انت طالق ثلاثا للسنة كما ذكره في باب
الطلاق من طلاق الاصل كذا قال بعض المتاخرين في شرح
هذا الكتاب لا يصح حتى لا يقع اكثر من واحدة وفي زيادات
الزيادات امر رجلا ان يطلق امراته المدخول بها للسنة

فقال لها الوكيل انت طالق للسنة او قال اذا حضت وطهرت
فانت طالق فحاضت وطهرت لم يقع شيء لانه ايقاع قبل وقت
السنة كما لو قال له طلقها غدا فقال لها الوكيل انت طالق
طلقت لان الوكيل بالتخيير لا يملك الاضافة والتخيير ولو قال
طلقها ثلثا للسنة فطلقها للسنة وقعت واحدة في الحال
ولا يقع غيرها فاذا حاضت وطهرت يطلقها اخرى وكذا
الثالثة بخلاف الرجع وانه يملك التخيير والاضافة وفي الفتاوى
الظهيرية قال لامرأته وهي امة انت طالق للسنة ثم اشتراها
لا يقع فلو انه اعتقها وانقضت عدتها ثم تزوجها وهي حايض
لا يقع حتى تطهر ولو لم يتزوجها لم يقع وفي الجامع قال لها
انت طالق ثلثا للسنة بعد الدخول بها بالف فقبلت وقعت
واحدة بثلث الالف اذا كانت طاهرا بغير جماع وكذا في
الطهر الثاني ان تزوجها قبل الطهر تقع طلقة بالثلث
الباقي وكذا لو تزوجها قبل الطهر الثالث تقع الثالثة
اذا طهرت بالثلث الباقي وان لم يتزوجها تقع الثانية
والثالثة بغير شيء اذا كانت العدة قايمة والمعنى فيه
ان طلاق السنة في المدخول بها يتعلق بالملك والطهر فلا
يقع في الحيض وان كان قبل الدخول وفي المرغيناني عن محمد رحمه
الله عليه في حرة تحت عبد طلقها للسنة ثم اسر به
يقع الطلاق في وقت السنة وقال ابو يوسف رحمه الله عليه
لا يقع ولو قال انت طالق للسنة وهي طاهرة من غير جماع
من الزوج لكن وطيها غيره زنا وقع الطلاق في هذا الطهر
وان كان بشبهة لم يقع فيه قال انت طالق ثنتين للسنة
احداهما باين فله ان يجعل الباين ايهما شاء وان لم يبين
حتى حاضت وطهرت بانت بثنتين ولو قال احداهما للسنة

والاخرى للبدعة فالبدعي يقع في الحال وان كانت طاهرا
والسني يتاخر الى وقته والفاظ السنة ان يقول انت
طالق للسنة او في السنة او مع السنة او على السنة
او طلاق السنة او طلاق العدة او للعدة او الدين او الاسلام
او الحق او القران او الكتاب او احسن الطلاق او
اجمله او اعدله اما لو قال في كتاب الله او بكتاب الله
ان نوى السنة فهو للسنة وكذا على قول القضاة والفقها
ونوى السنة دين وسيأتي تمامه ان شاء الله تعالى وفي
الجامع لو قال انت طالق للبدعة يحمل لاكثر انواع البدعة
وان كانت طاهرا وفي الوسيط لا يقع حتى تحيض
او يجامعها فيقع عند عيسوية الحنفية وفي الروضة
الحنفية قال انت طالق لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهي حايض طلقت في الحال لغير السنة ولو قال باين
السنة لا يقع الا في وقت السنة ولو قال انت طالق بعد السنة
يقع بعد الحيض والطهر ولو قال قبل السنة يقع في الحال

فصل في قوله ويقع طلاق كل زوج

اذا كان عاقلا بالغا وهذا اجماع ولا يقع طلاق الصبي والمجنون
والنايم قال لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا
طلاق الصبي والمجنون وهكذا الحديث في المبسوط والمحيط
والبدايع وفيه عطا بن عجلان قال الترمذي ضعيف ذاهب
الحديث ولفظه كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه المغلوب
على عقله وليس فيه ذكر الصبي وفي البخاري وقال علي بن
ابي طالب كرم الله وجهه كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه
ولم يرفعه والرفع لا يصح ورواه البخاري ايضا عن ابي هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا الذي ذكره

صاحب الكتاب قول الجمهور وهو مذهب مالك والشافعي رحمهما الله عليهما
وقال في المغني اذا عقل الصبي الطلاق وطلق لزمه وهو
اكثر الروايات عن احمد رحمه الله واختارها ابو بكر والخرقي
وابن حامد وزعموا ان ذلك مروي عن ابن المسيب وعطاء والحسن
والشعبي واسحق وروى ابو الحرث عنه اذا عقل الطلاق
جاز طلاقه ما بين العشر الى اثنتي عشرة وتعلقوا بقوله
صلى الله عليه وسلم الطلاق لمن اخذ بالساق وهو باطل بالمجنون
والنائم والمكره عنده وبقوله صلى الله عليه وسلم كل الطلاق
جائز الا طلاق المعتوه كما تقدم وذكروا عن علي رضي الله عنه
انه قال اكتموا الصبيان النكاح قالوا فائدته ان لا يطلقوا
وللجمهور انه ازالة ملك النكاح وهو ضرر محض فلا يعتبر منه
كالمجنون اذ كل منهما غير مكلف وفي الجامع اذا كان الصبي
مجنونا وفرق بينهما بالجب يكون طلاقا على المذهب وان لم يقع
طلاق الصبي ومنهم من جعله فسخا ووجه الاول ان الطلاق
مستحق عليه للمرأة فهو اهل له كما لو ملك قريبه فانه يعتق عليه
وفي الذخيرة وطلاق الصبي والمجنون والمعتوه غير موقوف
واقع ولا موقوف وكذا طلاق النائم وان اجازه بعد ما انتبه
فكذا الصبي لو اجازه بعد بلوغه او طلق غيره فاجازه
بعد بلوغه ومثله في الروضة وكذا نقله الرافعي عنها ولذا
لو قال اوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع ولو قال اوقعت
ذلك يقع ويلغو ذلك ولو طلقها اربعا او خمسا ثم قال اوقعت
الزيادة على الثلاث على فلانة لا يقع على فلانة شي وعند الشافعي
رحمه الله عليه لا يقع وفي المحيط ان اجازه بعد بلوغه والنائم
بعد انتباهه بان قال كل واحد اجزت ذلك الطلاق يقع
لان لفظه يصلح لابتداء الايقاع وفي الجامع رجل تزوج بغير

شهود واجازه بحضرتهم لم يجز ولذا لو طلق الصبي او باع ثم بلغ
فاجاز ما صنعه لم يجز وان قال جعلت ذلك النكاح نكاحا او
ذلك الطلاق طلاقا جاز وان لم يقل نكاحا لم يجز وفي الزيادات
كل تصرف ليس له مجيز حال وقوعه لا ينعقد حتى لو زوج المكاتب
لا يتوقف لانه لا مجيز له حال وقوعه لان المولى لا يملك التصرف
فيه وهو لا يملك تزويج عبده بخلاف امته فاذا عتق المكاتب
واجازه لا ينعقد وفرق بين هذا وبين ثلث مسائل احداها
اذا كفل المكاتب بمال ثم اعتق نفذت كفالته وان لم يكن
لها مجيز حال صدورها لان المولى لا يملك اجازتها والثانية
وكل المكاتب رجلا بان يعتق عبده ثم اجاز الوكالة بعد
ما اعتق جازت وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها والثالثة
اوصى المكاتب بعين من اعيان ماله ثم عتق فاجازها صحت
الوصية باجازته وان لم يكن لها مجيز وكذا الصبي اذا اوصى
ثم بلغ فاجاز والفرق ان كفالة المكاتب نافذة في
حقه فيؤخذ بها بعد عتقه من غير اجازة واما التوكيل
والوصية فان الاجازة فيهما انشاء وان الاجازة في الوصية وصية
مبتدأة وليست بامضاء لانعقادها موقوفا حتى لو قال اجزت
ان يكون ثلث مالي وصية لفلان كان مستوصيا له بخلاف ما لو
اعتق او وهب او تصدق ثم عتق فاجاز لم يجز لانها لا تنعقد
بلفظ الاجازة حتى لو قال اجزت عتق عبدك او اجزت
لفلان من مالي كذا هبة او صدقة لا يصح شي من ذلك ولا تكون
هبة ولا صدقة ولكن الاجازة تستعمل في الامضاء والانشاء
فان اضيفت الى الموجود يراد بها الامضاء صحيحا كان الموجود
او باطلا وان اضيفت الى الموجود حملت على
الامضاء عملا بحاله وفي الوصية اضيفت الى المعدوم لانها تنعقد

عند الموت فحملت على الإنشاء فحملت انتهى كلام قاضي خان قلت الأ
الصحيح ما ذكر في الذخيرة والروضة والجامع والزيادات
دون المذكور في المحيط ولو أقر الصبي الذي يعقل بالرق يصح
إقراره قال في التحرير لو ادعى أنه حر والذي في يده أنه عبده
كان القول قوله فكذا في ضده والله أعلم [illegible] ثم قلت
هو مشكل والفرق بينهما ظاهر لأن في اعتبار قوله على نفسه
في الرق ضررا ظاهرا عليه بخلاف العكس مع أن الظاهر
يشهد للعكس لأن الدار دار الأحرار وهذا لو ادعى ذمي أنه
مسلم أنه عبده وهو في أيديهما لا يعتبر إقراره على نفسه
ويجعل حرا ذميا كافرا ولا يجعل عبدا مسلما فرارا من الرق
قال في التحرير ولأن له فيه منفعة عاجلة لاستيجابه
النفقة على مولاه والنائم في حكم المستيقظ في سبعة وعشرين
حكما وقد ذكرناها في الأشباه ولا نعيدها وفي الذخيرة
المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير
إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون وقيل الفاصل
بين المجنون والمعتوه والعاقل أن العاقل من يستقيم كلامه
وأفعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يكون
ذلك منه على السواء وقيل المجنون من يفعل ما يفعله
لا عن قصد والعاقل قد يفعل ما يفعله المجانين أحيانا
لا عن قصد على ظن الصلاح والمعتوه يفعل ما يفعله
المجانين عن قصد مع ظهور الفساد وفي الصحاح والمعتوه
المعتوه الناقص العقل وعته الرجل على ما لم يسم فاعله
عتها وعتاهة وعتاهية والعته التجنن والرعونة
وجن الرجل مثله فهو مجنون وأجنه الله فهو مجنون
ولا يقال مجن على غير قياس والله أعلم ثم قوله وطلاق

المكره واقع خلافا للشافعي رحمة الله عليه وبه قال مالك وابن
حنبل رحمة الله عليهما ويروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وابن
الزبير رضي الله عنهم ومن التابعين الحسن وعطاء والضحاك
وداود وبالأول قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن
عمر رضي الله عنهم ذكره ابن حزم في المحلى وبه قال الشعبي وابن
جبير والنخعي والزهري وسعيد بن المسيب وشريح القاضي
وأبو قلابة عبد الله بن زيد الجرمي التابعي الكبير وقتادة والثوري
ذكر ذلك أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه والحافظ أبو جعفر
الطحاوي وزاد فيه عمر بن عبد العزيز وأبو عمر في الاستذكار
وهكذا ذكره المنذري قيل للشعبي يزعمون أنك لا ترى طلاق
المكره قال إنهم يكذبون علي وقال إبراهيم ما سمى فيدرك به فهو
جائز ولو وضع السيف على مفرقه حتى طلق لأجزت طلاقه
واحتجوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول لا طلاق ولا عتاق في إغلاق قال
المنذري والمحفوظ في إغلاق وزعموا أنه الإكراه قال أبو داود
أظنه الغضب قال المنذري وعبد الحق قيل الإغلاق هنا
الغضب فحمله على الإكراه مع هذا الحكم مع أن الحديث ضعيف
وفيه محمد بن عبيد بن أبي صالح المكي وهو ضعيف ومحمد بن
إسحق ضعيف مدلس وبقوله صلى الله عليه وسلم تجاوز الله لأمتي
الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه رواه الحافظ أبو جعفر
في شرح الآثار ولا حجة لهم فيه لأن التجاوز العفو عن الإثم
لا أن العفو عن الطلاق والعتق لا يصح لأنه غير مذنب فلم يدخل
تحت الحديث وروي أيضا رفع عن أمتي الخطأ والنسيان
الحديث والمراد به رفع الإثم بدليل أن المخطئ والناسي يقع طلاقهما
وعتقهما مع أن هذا باب الاقتضاء عندهم وليس له عموم والدليل

عليه أن من أكره على وطء أمته وجب عليه الغسل وحرمت عليه أمها
ولو خاطب بالطلاق امرأته على ظن أنها زوجة الغير فإذا هي
زوجته فالمشهور وقوع الطلاق عليها وكذا لو نسي أن له
زوجة أو زوجه أبوه في صغره أو وكيله في كبره ولم يعلم فقال
زوجتي طالق أو هذه طالق فالمشهور وقوعه ذكر ذلك كله
الرافعي في فتح العزيز وتعلقوا بما روي عن ثابت الأحنف
الذي تزوج بأم ولد عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وأن عبد الرحمن
أكرهه على طلاقها فقال ثابت هي طالق ألفا فردها عليه
ابن عمر وابن الزبير والجواب لهم فيه من ثلاثة أوجه أحدها
أن قول الصحابي ليس بحجة عند الشافعية فلا تعلق لهم
به والثاني أن ثابتا أكره على لفظ الطلاق والمتيقن فيه
طلقة واحدة وقد أتى بألف مختارا وفي مثله يقع الطلاق عندهم
فهم أول المخالفين لابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهما في هذا
مع أن ابن حزم روى عن ابن عمر خلافه والثالث أن ذلك
مختلف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم فلا يحتج بقول البعض
على البعض ولنا أن نختار في ذلك والشافعية تمسكوا
في ذلك بثلاثة مسالك المسلك الأول بحديث رفع القلم والجامع
عدم القصد وهو ضعيف من وجهين أحدهما أن المراد به ترك
المؤاخذة عرفا فإن المولى إذا قال لعبده رفعت عنك ما تخطئ
وما تنساه كان معناه لا تتعرض للوم والتوبيخ فكذا ما استكرهوا
عليه فإن المراد به نفي المؤاخذة والإثم بسبب الإكراه والخطأ
والنسيان فوجب حمله على ذلك فإن من أكره على أن يلاعن غير
يمين فتمته والوجه الثاني منع عموم كلمة ما فإنها لا تعم
عندهم إلا في الشرط والاستفهام والمسلك الثاني أن المكلف
معصوم فوجب أن لا يزول إلا برضاه والمكره غير راض به وهو

ضعيف أيضا لوجهين أحدهما منع عدم الرضى منه فإن المكره
قد اختار أيسر الأمرين ورضي به لدفع أمر عظيم منه والوجه
الثاني منع اشتراط الرضى في الطلاق والعتاق وكلاهما لازم
والمخطئ والناسي المسلك الثالث القياس على الإقرار بالطلاق
والعتق مكرها وللإكراه على إسقاط الشفعة وعلى البيع
والشراء والهبة والإكراه على الردة ولأن الإكراه ظلم فإذا قلنا
بعدم نفاذه يمتنع عن الإكراه لعدم الفائدة فيه وفي الروض
في الخلاف للشافعية أن المكره إذا ترك التورية يقع طلاقه
والتورية أن يخطر بباله أنه يقصد أجنبية باسم زوجته
أو الطلاق الحسي دون الشرعي أو أنه طلقها من نكاح
سابق ولم يحك فيه خلافا عندهم وفي البسيط في ترك التورية
وجهان أحدهما وقوعه واختاره القفال ولنا حديث
أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثلاث جدهن جد وهزلهن هزل جد النكاح والطلاق
والرجعة رواه الحافظ أبو جعفر الطحاوي وأبو داود وابن
ماجة وابن حنبل والترمذي وقال حديث حسن غريب
والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم وغيرهم فدل على عدم اشتراط الرضى والقصد
في ذلك وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال هذا حديث
حسن صحيح الإسناد وهو في الإلمام قال أبو الفرج بن
الجوزي في التحقيق فيه عطاء قال هو ابن عجلان متروك
قلت قد أخطأ في حديثه بل هو عطاء بن أبي رباح هكذا
ذكره أبو داود في سننه أما أطرف وفي سنن أبي داود
وفي الكمال قال يحيى وعبد الرحمن عطاء بن عجلان ليس بثقة روى
له الترمذي بقوله متروك باطل ومن اسمه عطاء من رجال

الكتب الستة عشرون رجلاً وتعيينه ابن عجلان من بين العشرين
من غير مستند ولو لم يكن قد نص ابو داود وغيره على ان ابن ابي رباح
كان يتسهل فيه ويحكم وقلة دين وهو قادح والا عطية
غيرهم مما ليس من رجال الحديث الضعفاء عطاء بن جبلة
وعطاء بن ابي راشد وعطاء بن عثمان القرشي وعطاء بن المبارك
وعطاء بن مسروق وعطاء بن سليمان الاسدي وعطاء ابو محمد
الجمال وعطاء البزار وقال ابن الجوزي المذكور روى جابر
ابن عبد الله وابن عباس رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم
يقضي بشاهد ويمين في المال وقد خالف ابو حنيفة رضي الله
عنه وخالف الاحاديث الصحاح فلاجل ذلك بسطوا الالسن
في حقه فلم يبق معشر من الايمة الا تكلم فيه والعجب منه
انه اذا راى حديثا لا اصل له هجر القياس ومال اليه كحديث
نقض الوضوء بالضحك والله اعلم بالصواب انتهى قلت
ذكر عبد الحق من طريق مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه وهو
في كتاب مسلم من طريق قيس بن سعد عن عمرو بن دينار
عن ابن عباس رضي الله عنه وهو في كتاب مسلم من طريق قيس
ابن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس والترمذي ذكره
في علله هكذا ثم قال سالت محمدا عنه فقال عمرو بن دينار
لم يسمع من ابن عباس هذا الحديث وقال الحافظ ابو جعفر
الطحاوي قيس بن سعد لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشيء
وهذا كما ترى رمى الحديث بالانقطاع في موضعين من البخاري
فيما بين عمرو بن دينار وابن عباس ومن الطحاوي فيما بين
قيس بن سعد وعمرو بن دينار فلو ذكر ذلك علي بن محمد بن القطان
في الوهم والايهام وذكره ابو بكر الرازي بمعناه وقال
يرويه سيف بن سليمان المكي عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار

وقيس لا يعرف

وقيس لا يعرف له رواية عن عمرو كما ذكر البخاري وسيف ضعيف
وخالف يحيى بن يحيى الاندلسي المالكي مالكا والقاضي اسماعيل
ابن اسحاق في القضاء بشاهد ويمين وهما مالكيان
وكذا في المشهور في الحجر وهو مذهب الليث بن سعد وقال الشافعي
رحمة الله عليه كان افقه من مالك وقوله فلم يبق معشر
من الايمة الا تكلم فيه لقد كذب في ذلك ذكر ابو عمر بن عبد
البر النمري المالكي حافظ اهل المغرب في الانتقاء في
فضائل الايمة الثلاثة الفقهاء ابي حنيفة ومالك والشافعي رضوان
الله عليهم ان يحيى بن معين صاحب الجرح والتعديل كان يعظم
الامام ابا حنيفة رحمه الله ويقول انه ثقة وهو انبل من ان
يكذب وذكر فيه ان شعبة بن الحجاج كتب اليه يسأله
ان يحدث وعلي بن المديني وحسن بن صالح بن حي واخوه من
اهل الكوفة وكانا غاية في الدين والزهد والورع ونعتوا
الامام ابا حنيفة رضي الله عنه واثنوا عليه وخلق غيرهم
ممن لا يحصى عددهم وقال ابو عمر المذكور من اشتهر بالسيادة
والفضل لا يسمع كلام بعضهم في بعض وذكر فيمن تكلم في
مالك رضي الله عنه والشافعي ايضا رحمة الله عليهم ورضوانه انتهى
وانشد يحيى بن معين في ابي حنيفة شعر

حسدوا الفتى اذ لم ينالوا سعيه … فالقوم اعداء له وخصوم
كضرائر الحسناء قلن لوجهها … حسدا وبغيا انه لذميم

وقد ذكرنا ذلك مستوفى في فضل العلماء قبل هذا وقوله في
حديث نقض القهقهة اذا وجد حديثا لا اصل له هجر القياس
لاجله مثل حديث نقض الوضوء بالضحك جهل منه او تجاهل فان
الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد الامام الحافظ ذكر في الالمام
احد عشر حديثا في القهقهة بعضها مرفوع متصل وبعضها

مرسل وكل واحد منهما حجة عند علماء الحديث به القياس عند
فقد ترك احد عشر حجة عنده واخذ بما ليس بحجة عنده وهو
القياس الا ان من اصله ان الحديث الضعيف مقدم على القياس
لو سلم ضعيف والحديث الضعيف اذا روي من طرق كان
حسنا يحتج به ذكره النووي رحمه الله عليه وغيره وروى محمد بن
الحسن وعبد الحق والعقيلي من حديث صفوان بن الاصم
ان رجلا كان نايما مع امراته فقامت فاخذت سكينا
وجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه فقالت طلقني
والا ذبحتك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا وذكر ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا قيلولة في الطلاق قال ابو حاتم ليس بالقوي ولم يتكلم
فيه احد بالضعف لكن لما لم يوافق مذهبهم قالوا حديثه
منكر وفي الكامل قال البخاري رضي الله عنه حديثه منكر
قال هذا الذي ذكره البخاري يشير الى حديث واحد يقصد
البخاري كثرة الرواية ويدل على وقوع طلاق المكره حديث
حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما رسول الله
صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين عليهم بالله قال
ابو حفص بين رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اليمين على الطوع
والاكراه سواء وكذا الطلاق والعتاق لعدم القايل
بالفرق فثبت بما ذكرنا ان حديث ابن عباس رضي الله عنه
في المرسل وحديث حذيفة في اليمين وان الاكراه لا يسلب
الا الطواعية والرضى الذي يحتاج على الفعل فاشبه
الهازل وهو الذي يلاعب زوجته لمخاطبتها بلفظ الطلاق
من غير قصد له ولو اتى بالشرط ناسيا للتعليق يقع ولو
قال طلق امراتي والا قتلتك يقع وقولهم الاكراه يسقط حكم اللفظ

باطل وقد صححوا اسلام الحربي والمرتد مكرها والذمي في احد
الوجهين اصحهما المنسوب في الوسيط في القصاص وقالوا في
وقوع الطلاق المعلق اذا اكره على ايجاد شرطه قولان
ولو اكره المولى بعد مضي مدة الايلاء على طلاقها يقع وقولنا الرضى
بوقوع الطلاق لا يقدح في وقوعه الا ترى ان الوصي لو اشترط
الخيار في الطلاق يفوت والمولى لزم الطلاق ذكره الرافعي ولو اكره
على ان يطلق زوجته او يعتق عبده فطلق يقع وليس براض
فيه ولا واحد منهما مستحق عليه فينبغي انه اذا اكره على
انه يقتل نفسه او يطلق امراته وطلقها ان يقع اذ واحد منهما
غير مستحق عليه وقد اختار الصلح الا من [illegible] قالوا في العتق
والطلاق ولو جامعها وهي صايمة او محرمة مكرهة ان صومها
وحجها باطل وسووا فيهما بين المكره والمختار ولو قال المكره
طلقها فقال فارقتها او سرحتها يقع الطلاق وكل واحد
منهما صريح في الطلاق عندهم ولا فرق بين الثلاث الا في اللفظ
ولا اعتبار به عند اتحاد المعنى والحكم ذكره الرافعي رحمه الله عليه
وهذا لان المكره اذا علم ان طلاق المكره لا يقع في الشرع
لا يترك قتله وكان في وقوع طلاقه سلامة مهجته فينبغي القول
به ولا معنى لقولهم اذا علم ان طلاقه لا يقع يمتنع من الاكراه
لعدم الفايدة لانه لا يكون اغرا بقتله وانما يريد قتله لحصول
مقصوده بوقوع طلاقه واذا لم يقع لم يحصل غرضه فيقتله قطعا
والجواب عن اقرار بالطلاق مكرها ان الاقرار اخبار
متردد بين الصدق والكذب وقيام السيف على راسه
مرجح لكذبه بخلاف الانشاء وفي المبسوط الاكراه اثر
عند الشافعي رحمه الله عليه في الغاء عبارته كالصبا
والجنون وعندنا تاثيره في سلب الرضا في اهدار عبارته حتى

كان تصرفاته منعقدة ولكن ما يعتمد لزومه كالبيع والشراء
ونحوهما لا يلزم وما لا يعتمد الرضى يلزم كالنكاح والطلاق
والعتق ونحوهم قال السرخسي احتج محمد رحمه الله الاستدلال
بالاثار في اول كتاب الاكراه وهو ان يزيل الخطاب حتى يتنوع
افعاله الى مباح وواجب وحرام فالحرام شرب الخمر
واكل الميتة ونحوه قتل النفس والزنا وذلك لا يجوز الا باعتبار
الخطاب وقال ابن حزم فيه قول ثالث وهو ان المكره ان كان
لصا لا يلزمه فان اكرهه السلطان لزمه وهو قول الشعبي
وفيه قول رابع وهو ان اكرهه ظلما فوركه يلزمه وان لم يوركه
لزمه وهو احد قولي سفين واحد الوجهين للشافعي فيه وقد
ذكرناه وفي المحيط عشرة تصح من المكره الطلاق والنكاح
والعتق والعفو عن القصاص والرجعة والايلاء والفيء والظهار
والنذر والله اعلم تم ولنـــو والاسلام بخلاف البيع
ونحوه فانه ينقض بالشروط الفاسدة والله اعلم تم ك
قوله وطلاق السكران واقع وفي الجواهر السكران
بخمر او نبيذ فالمشهور وقوع طلاقه وقد رويت عنهم رواية
شاذة بعدم لزومه وفي الانوار قال مالك رحمه الله وذلك الامر
عندنا في الطلاق والعتاق دون النكاح وقال محمد بن الحكم
لا يلزم طلاقه ولا عتقه وفي الجواهر الركن فصله وسموهم
اختلاله بخمسة اسباب الاول سبق اللسان به ولا يقع والثاني
الهزل به ولا يؤثر في الطلاق والعتاق وكذا النكاح وفي
السليمانية لا يجوز وفي عارضة الاحوذي قال القاضي ابو بكر
ابن العربي الاشبيلي نكاح الهازل لا يصح وقال ابو بكر
ابن اللباد يلزم وبه قال الشافعي رحمه الله عليه والمعول عليه
هو الاول والثالث الجهل فاذا قال يا عمرة فاجابته حفصة فقال

انت طالق ثم قال حسبتها عمرة طلقت وفي طلاق حفصة خلاف
عندهم ولو لقن اعجمي لفظ الطلاق وهو لا يفهمه لا يقع طلاقه
وفي خزانة الاكمل قال اسقيني ماء فسبق لسانه فقال انت طالق
يقع بخلاف العتق وفي رواية الاملاء هما سواء ولا يجوز الغلط فيهما
وفي العيون كتب انت طالق وقال لها اقرأه فقرأه لا يقع ما لم يقصد
خطابها به وفيه قال لها اقرأ هذا الدعاء انت طالق بائن فقرأه
لا يقع ان كان معروفا بالجهل وفيه لو لقن الطلاق بالعربية
وطلقها ولا يعلم يقع ومثله عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله عليه
وعن ابي القاسم وابي الليث تطلق ويعتق قضاء لا ديانة
وقد تقدم من ذلك جملة والرابع الاكراه ولا يقع طلاق المكره ولا
اقراره به ولا يحنث ولا اليمين والخامس الجنون فلو شرب
دواء فتجنن به امتنع نفوذ تصرفه وقد ذكرنا حكم طلاق
السكران وفي البسيط وفتح العزيز المنصوص للشافعي رحمه الله
حديثا وقديما وقوع طلاق السكران ونص في الظهار على
قولين فمنهم من نقل من الظهار قولا الى الطلاق ومعظم
العلماء صاروا الى وقوع طلاق السكران وطلاق السكران
واقع في احدى الروايتين عن ابن حنبل رحمه الله واختاره ابو بكر
الخلال والقاضي من الحنابلة وفي المغني وهو قول سعيد بن
المسيب ومجاهد وعطاء والبصري والنخعي والاوزاعي وميمون
ابن مهران والحكم وشريح وسليمان بن يسار وابن سيرين
وابن شبرمة وسليمان بن حرب والثوري وهو قول عمر
وعلي وابن عباس ومعوية وبه قال قتادة وحميد وجابر
ابن زيد وابن ابي ليلى وعمر بن عبد العزيز والحسن بن حي
قال ابن حزم اجاز مالك جميع تصرفاته الا الردة لقول اصحابنا
قال وروى ابن وهب عنه انه يجوز طلاقه دون نكاحه

وقال صاحبه مطرف بن عبد الله لا يلزمه شي من تصرفاته الا اربعة
الطلاق والعتق والقتل والقذف وقال بلزوم طلاقه عثمان
ابن عفان رضي الله عنه وطاووس والقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد
الانصاري وربيعة وعبيد الله بن الحسن والليث بن سعد واسحق
وابو ثور والمزني وابو سليمان وزفر والظاهرية وهو اختيار
ابي جعفر الطحاوي وابي الحسن الكرخي وابن سريج وابي طاهر
الزيادي وابي سهل الصعلوكي وابنه سهل من الشافعية وجماعة
من اصحابنا هكذا في الروضة وقال عثمان البتي لا يلزمه من عقد
والسوا النكاح والحد الا حد الخمر فقط وقال الليث
لا يلزمه شي بقوله واما ما عمل بيده فقتل او سرقة او زنى فانه
يقام عليه وفي الذخيرة طلاق السكران واقع اذا سكر من الخمر
والنبيذ ولو اكره على الشرب فسكر او شرب للضرورة فذهب
عقله يقع طلاقه ورواه هشام عن محمد وعلل بان عقله ذهب
بلذة وفي البدايع لو شرب مكرها لا يقع طلاقه وفي جوامع الفقه
عن ابي حنيفة رحمه الله عليه يقع وبه اخذ شداد ولو ذهب عقله
بدوا او اكل البنج لا يقع وذكر عبد العزيز الترمذي انه سال ابا
حنيفة والثوري عن رجل شرب البنج فارتقى الى
راسه قالا ان كان يعلم حين شرب ما هو يقع والا لا يقع ولو
شرب الخمر ولم توافقه فصدع منه فزال عقله لم يقع طلاقه
ولو سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب او العسل لا يقع طلاقه
عندهما وعند محمد يقع وفي المحيط لو اكره على شرب الخمر
او شربها للضرورة فزال عقله فطلق او اعتق يقع ذكره في المنتقى
وقيل لا يقع وفي الينابيع عن شداد لو شرب الخمر مكرها لا يقع
طلاقه وعنه لو سكر بالبنج او الدوا لا يقع طلاقه بالاجماع
كالنائم والمغمى عليه والمبرسم والمدهوش بخلاف ما لو ضرب راسه

حتى زال عقله فانه لا ينفذ تصرفاته ولا يجعل عقله باقيا وان كان
زواله بمعصية لبدون ولهذا لا يشرع فيه حد ذكره في المحيط
بخلاف زواله بالخمر ونحوها حيث اعتبر عقله باقيا ووجبت
عليه الفرايض زجرا له وفي جوامع الفقه عن الحسن ان كان لا يعلم
ما يقول لا يقع وفي الذخيرة وطلاق الهازل واقع وكذا لو اراد
ان يتكلم بكلام فسبق لسانه بالطلاق يقع وكذا العتق
في المشهور وفي المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله عليه لا يجوز الغلط
في الطلاق ويجوز في العتق حتى لو اراد ان يقول لامراته
اسقيني ما فجرى لسانه انت طالق يقع وفي العتق يدين
وقال ابو يوسف رحمه الله هما سوا ولا يدين فيهما وسوى بينهما
على قول ابي حنيفة رحمه الله عليه في الاولى كقوله وعن ابي يوسف
رحمه الله لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله ويقع العتق لان
الطلاق يحتمل الوثاق بخلاف العتق وعن محمد رحمه الله تعالى
قضا وديانة رواه عنه ابو سليمان وفي البدايع قال
الكرخي في العتق روايتان وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه
الله عليهما انهما يستويان وهو الصحيح وروى ليث بن
مساور عن بعض اصحابنا انه من اراد ان يتكلم بشي فقال
انت طالق لا يقع ولو ابتدا من غير ارادة عتقه يقع وفي الجامع
الاصغر سال اسد اسدا عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى لسانه
عمرة او اراد ان يحلف على اللحم فجرى لسانه الخبز ففي القضا
يطلق التي سماها دون الديانة وكذا اللحم مع الخبز وفي المنهاج
ان سبق لسانه بلا قصد لغا وفي الرافعي اختلفوا فيمن شرب
البنج متعديا وفي المنهاج للنواوي رحمه الله عليه من اثم بمزيل
عقله من شراب او دوا نفذ طلاقه على المذهب وفي المغني
اجمع اهل العلم على ان زائل العقل بغير سكر لا يقع طلاقه

وكذا النائم وزوال العقل بالبنج كالسكر عند احمد بن حنبل رحمه الله ومن
كان جنونه لنشاف لو كان مبرسما انسقط حكم تصرفه ولو لم
تكن معرفه ذاهبة بالكلية وقال طلقت وانا ذاك لم يقع طلاقه
وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لقيامها مقام العبارة حتى لو حلف
الا يصير فاو ما يعم براسه يحنث فالطلاق اولى لان الاكراه
لا يوثر في الطلاق ويوثر في الاقرار فاذا صح الاقرار به فالطلاق
اولى وفي السراجية هذا اذا ولد اخرس او طرا عليه ودام وان
لم يدم لم يقع طلاقه وفي المبسوط وقوعه بالاشارة منه
استحسان لعدم الحروف ولا يقع بها في الصحيح وقال قتادة
يطلق ولي الاخرس ومثله عن الحسن البصري ومثله الاخرس
وقوعها في اخر الكتاب وفي الجواهر الاشارة المفهمة
معتبرة من الاخرس في الطلاق وكذا ذكر في الوجيز
لابي حامد والله اعلم بالصواب قوله وطلاق الامة
ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان
زوجها او عبدا وهو قول علي بن ابي طالب وعبد الله بن
مسعود رضي الله عنهما رواه ابن حزم في المحلى وفيه قال
ابو بشر ثنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وذكر ابو بكر بن
ابي شيبة عن عثمان وزيد بن ثابت من طلق الامة ثنتين ثم اشتراها
لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وفي المحلى عن الشعبي عن اثني
عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم قالوا
الطلاق والعدة بالمراة وقال داود وهمام وقتادة ومجاهد
والحسن البصري وابن سيرين وعكرمة ونافع وعبيدة السلماني
ومسروق وحماد بن ابي سليمان والحسن بن حي والثوري والنخعي
والشعبي يطلق العبد الحرة ثلاثا وتعتد بثلاث حيض ويطلق
الحر الامة ثنتين وتعتد بحيضتين ويطلق العبد الحرة ثنتين

وتعتد بثلاثة قروء ذكر ذلك الرافعي وصاحب الانوار وابن حزم عنهم
وقالت الظاهرية الحر والعبد والامة على زوجها الحر والعبد
الاثلاث طلقات متفرقة كانت او مجتمعة تمسكوا
في ذلك بالعمومات قال ابن حزم لو اراد الله سبحانه وتعالى
ان يفرق بين ذلك لما اهمله ولا اغفله ولا انسيا بكتابه ولبينه
على لسان نبيه وما كان ربك نسيا فاذا لم يفعل ذلك فما الله
ما اراد التفرقة بين ذلك وفيها قول رابع ذكره في المبسوط
عن ابن عمر انه يعتبر بمن رق منهما ولا يكون الثلاث الا بين
الحرين عند تغليبا للرق ومثله عنه في الانوار وزاد عثمان
البتي وابا ثور لهم ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة
بالنساء ذكره ابو الفرج بن سينا وقال انما هو من قول ابن عباس
وفي المبسوط قيل هو من قول زيد بن ثابت وروي ان مكاتبا
لام سلمة طلق امراته ثنتين فسال عثمان بن عفان وزيد بن
ثابت رضي الله عنهما وعثمان احد بيده فقالا حرمت عليك حرمت
عليك وذكر في الانوار انها كانت حرة وكذا البيهقي والله اعلم
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
ويروى قرءان رواه ابن ماجه وابو داود والترمذي والدارقطني
رضي الله عنهم قال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند
اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم
وفي الدارقطني قال ابو القاسم وسالم رضي الله عنهم عمل به المسلمون
هذا اجماع وفي احكام الضيا محمد بن عبد الواحد عن ابن عمر
رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان
وعدتها حيضتان من رواية عمر بن شبيب المسلي رواه ابن ماجه

والصحيح رواية سالم ونافع موقوفًا عليه من قوله ذكره ابو الفرج قال
مالك تهذه الحديث اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
وغيرهم وذكر ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه عن عثمان وزيد بن
ثابت انهما قالا من طلق امة تطليقتين ثم اشتراها لا تحل له حتى تنكح
زوجا غيره وبه قال عمر بن عبد العزيز وعلقمة ومسروق
والنخعي وابو الضحى والشعبي والزهري وجابر بن زيد وسعيد بن
المسيب وهو قول علي وعن الحسن انه يطاها بملك اليمين ويروى
ذلك عن علي ايضا وهذا عن عثمان وزيد خلاف ما رووا عنهما وكان
قولهما مضطربا وعن ابي حسن مولى بني نوفل انه استفتى ابن
عباس رضي الله عنهما في مملوك كانت تحته مملوكة فطلقها
تطليقتين ثم عتقا بعد ذلك هل يصلح له ان يخطبها قال نعم قضى
بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرجه ابو داود والنسائي
وابن ماجه قال الخطابي لم يذهب الى هذا احد من العلماء فيما اعلم
وفي اسناده مقال قلت ذهب اليه الظاهرية ونصره ابن
حزم في المحلى وذكر ابو داود عن ابن المبارك انه قال لمعمر من ابو الحسن
هذا لقد حمل صخرة عظيمة على عنقه قال المنذري وابو الحسن هذا ذكره
بخير وصلاح وقد وثقه ابو حاتم وابو زرعة الرازيان غير ان الراوي
عنه عمر بن معتب قال علي بن المديني منكر الحديث وقال
ايضا مجهول لم يرو عنه غير يحيى بن ابي كثير وقال النسائي ليس بالقوي
وقال الامير ابو نصر بن ماكولا منكر الحديث وعن ابن عطاء ان ابن عباس
كان لا يرى طلاق العبد ذكره في المحلى فلاجل ذلك امر العبد ان يراجع
زوجته الامة من طلقتين قلت يرده الرواية الاولى عنه انه
قال بقيت لك واحدة والجواب عن تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم
الطلاق بالرجال انه لابد من حذف مضاف وهو عدد الطلاق او
ايقاع الطلاق او فيما منه او اعتباره وقالوا الرجال متعلق بالخبر وهو قائم

او معتبر بالرجال لا يتعلق بالطلاق لانه يبقى بلا خبر فاذا كان لابد
من التقدير فليس تقديرهم اولى من تقديرنا بل تقديرنا اولى لاجماعنا
عليه وتقديرهم غير مسلم مساق في المبسوط قال النبي صلى الله عليه
وسلم الطلاق بالعدد والمقابلة تقتضي التسوية ولا اتفاق المعتبر في
العدة فكذلك في الطلاق ولان من ملك على امراته عددا من الطلاق
ملك ايقاعه في اوقات السنة وبه احتج عيسى بن ابان بن صدقة من اصحابنا
الشافعي فقال ايها الفقيه اذا ملك الحر على الامة ثلاث تطليقات
كيف يطلقها للسنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت
طلقها واحدة فلما اراد ان يوقع فاذا حاضت وطهرت قال حسبك
فان عدتها قد انقضت بالحيضتين فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة
ولا في التفريق سنة ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف
النعم الا ان الطلقة الواحدة لا تتجزأ فتكاملت كما قلنا في عدتها
وظاهر قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن يقتضي ان يكون زوج
الحرة المطلقة ثنتين متمكنا من رجعتها حرا كان او عبدا ولا
يرد علينا الامة لانا خصصنا المطلقات بالحرائر لقوله تعالى
يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والامة تعتد بقرءين اجماعا والله اعلم
قوله واذا تزوج العبد امراة يعني باذن سيده وطلق وقع
طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امراته وهو قول الائمة الاربعة واصحابهم
وجمهور اهل العلم وروى انس بن مالك وجابر بن عبد الله وعبد الله
ابن عباس من الصحابة ان الطلاق بيد اهل المدينة لا يرون
للعبد طلاقا الا باذن السيد ذكر ذلك ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
وابن حزم في المحلى للجمهور ما اخرجه ابو عمر من حديث الفضل
ابن عباس ان مملوكا له جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول
الله ان مولاي زوجني وهو يريد ان يفرق بيني وبين امراتي فصعد
النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال يا ايها الناس انما الطلاق

سيد من اخذ بالساق وهو حديث منكر وقال ابو حاتم الفضل بن مختار
مجهول وعن ابن عباس قال جا النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال
يا رسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها
فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال ايها الناس
ما بال احدكم يزوج عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما
الطلاق لمن اخذ بالساق رواه ابن ماجه من رواية ابن لهيعة وهو
ضعيف ورواه الدارقطني من غير رواية ابن لهيعة عن عصمة
ابن مالك مثله وفي المنافع قال صلى الله عليه وسلم لا يملك العبيد
والمكاتب شيئا الا الطلاق واذا كان مملوكا للعبد لا يكون
مملوكا للمولى للتنافي والله اعلم بالصواب

والحمد لله وحده

تلوه باب ايقاع الطلاق



